

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SUS LÍMITES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

MARIO FERNANDO MUÑOZ AGREDO

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el
grado de Doctor en

DERECHO

Universidad Carlos III de Madrid

Director:

Dr. Prof. Elviro Aranda Álvarez

Marzo de 2020

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial**
– Sin Obra Derivada”.



A la memoria de mi padre.
Su conocimiento del derecho
y su conciencia de lo social
han inspirado cada página de este trabajo.

AGRADECIMIENTOS

Escribir una tesis doctoral puede ser un trabajo exigente, arduo y a veces ingrato; muchos de quienes lo han emprendido han sentido que durante el proceso los agobia una profunda soledad. Hoy puedo decir que ello no siempre ocurre así, pues en mi caso he podido contar con personas que me han rodeado y me han brindado el apoyo y la compañía en este desafío, sin las cuales ésta tesis no habría podido llegar a buen puerto.

A riesgo de parecer malagradecido por olvidar a algunos de quienes me han acompañado en el camino, quiero expresar mi especial agradecimiento, en primer lugar, a la Universidad de Nariño, al Sr. Rector de la misma Dr. Carlos Solarte Portilla, al Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Dr. Leonardo Alfredo Enríquez Martínez y al personal de secretaría, especialmente a la Sra. Gladys Sotelo Hoyos, pues sin su siempre oportuna colaboración y disposición, nada de esto habría sido posible. Por supuesto, extendiendo mi saludo de gratitud a los docentes compañeros del área de derecho privado, en quienes siempre he encontrado la disposición para discutir algunos de los aspectos tratados en las páginas siguientes.

Igualmente quiero agradecer a mi familia, a mi madre, a mis hermanos, a mis hijos y por supuesto a la siempre hermosa “Kathe mía”, sin su apoyo, sin sus palabras de aliento cuando el cansancio hacía presencia, hubiera sido fácil desfallecer. Su ánimo fue una constante en este camino que hoy culmina felizmente.

Finalmente deseo expresar un muy especial saludo a los profesores María José Santos Morón y Pedro del Olmo García. Su amabilidad, su conocimiento del derecho privado, sus rigurosas instrucciones, permitieron fortalecer la visión *iusprivatista* de este trabajo. Igualmente deseo expresar mi gratitud al profesor Elviro Aranda Álvarez, quien decidió aceptar la posta en el relevo de la dirección y bajo su oportuna y certera batuta este escrito cambió de rumbo para ser el trabajo que ahora se presenta, con un necesario énfasis en el

derecho constitucional; la generosidad de sus consejos y orientaciones, sumada a las pertinentes recomendaciones bibliográficas y su permanente disposición para atender con prontitud los requerimientos, a veces necios del suscrito, no solo merecen un reconocimiento especial, sino además todo mi aprecio y mi admiración.

CONTENIDOS PUBLICADOS Y PRESENTADOS

- MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. (2014). La constitucionalización del derecho de los contratos privados en Colombia. Editorial Universitaria, Universidad de Nariño. ISBN: 978-958-8609-70-6.

Esta fuente está incluida parcialmente en el capítulo 1º de la segunda parte de esta tesis.

El material de ésta fuente incluido en la tesis está señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
La estructura de la investigación.....	2
Las fuentes de estudio.....	3
El método comparativo.....	5

I PARTE

ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

CAPÍTULO I CONSTITUCIÓN Y LIBERTAD.....	8
1.1. De las constituciones con contenido orgánico a las constituciones fuente y garantía de derechos.....	9
1.2. Sobre constituciones políticas y económicas.....	19
1.3. Libertades como derechos fundamentales.....	22
1.4. Libertades individuales o de autonomía, y libertades económicas.....	23
1.5. Libertad de contratación y constitución.....	26
1.5.1. Libertad de contratación, el origen.....	30
1.5.2. Alcance constitucional de la libertad de contratación.....	35
1.5.2.1. Libertad de contratación y libre desarrollo de la personalidad.....	36
1.5.2.2. Libertad de contratación y libertad de empresa.....	40
 CAPÍTULO II LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.....	 46
2.1. Necesidad de la limitación.....	46

2.2. Limitación legal a la libertad de contratación.....	55
2.2.1. Ley imperativa.....	55
2.2.2. El orden público.....	60
2.2.2.1. El orden público económico.....	68
2.2.3. Las buenas costumbres.....	72
2.3. Re-significación de los límites a la libertad de contratación.....	78
2.3.1. Dirigismo contractual.....	88
2.3.2. De la contratación civil estándar a la irrupción del derecho del consumo.....	90
2.3.2.1. La contratación civil estándar.....	90
2.3.2.2. La mercantilización del derecho civil.....	92
2.3.2.3. El surgimiento de los regímenes de consumo.....	95
2.4. Estado social de Derecho y libertad de contratación.....	99
2.4.1. Límites constitucionales en el Estado Social de Derecho.....	103

II PARTE

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

CAPÍTULO I CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN CONTEXTOS ESPECÍFICOS.

1.1. Constitucionalización del Derecho.....	107
1.2. Constitucionalización del Derecho de los contratos.....	108
1.3. Constitucionalización del Derecho en Colombia y España.....	114
1.3.1. El sistema de acceso a la justicia constitucional.....	118

1.4. El impacto del modelo colombiano de constitucionalización en la libertad de contratación.....	127
1.5. Sentencias proferidas en acción de tutela.....	135
1.5.1 Caso ANDIARIOS (Sentencia T-240 de 1993).....	135
1.5.2 Caso Diócesis Cúcuta (Sentencia T-351 de 1997).....	137
1.5.3 Caso del vendedor de parafina (Sentencia T-375 de 1997).....	138
1.5.4 Casos Lista Clinton (Sentencia SU-157 de 1999).....	139
1.5.5 Caso Seguro de vida portadores de VIH (Sentencia T-1165 de 2001).....	141
1.5.6 Caso Seguro educativo a estudiantes con discapacidades mentales. (Sentencia T-1118 de 2002).....	142
1.5.7 Caso compensación cooperativa (Sentencia T-222 de 2004).....	142
1.5.8 Caso Centro Comercial “La 17” (Sentencia T-769 de 2005).....	143
1.5.9 Caso discriminación racial en Cartagena (Sentencia T-1090 de 2005).....	144
1.5.10 Caso póliza judicial (Sentencia T-517 de 2006).....	145
1.5.11 Caso aseguramiento candidatura. (Sentencia T-117 de 2016).....	146
1.5.12 Caso de Contratación de empresas de pornografía (Sentencia T-407A de 2018).....	147
1.6 Distribución del impacto de las sentencias proferidas en vía de tutela, en la libertad de contratación.....	150

CAPÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.....156

2.1 Derechos fundamentales: un problema de conceptualización.....	156
2.1.1. El aporte de Dieter Grimm.....	157
2.1.2. El aporte de Luigi Ferrajoli.....	159
2.1.3. El aporte de Robert Alexy.....	164

2.1.4. Derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana.....	165
2.1.5. Derechos fundamentales en la Constitución española.....	168
2.2. Libertad de contratación como derecho fundamental.....	172
2.3. Ley del más débil y libertad de contratación.....	182
2.4. Derechos fundamentales como límites a la libertad de contratación.....	185

CAPÍTULO III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

3.1. Dimensiones de los conceptos jurídicos indeterminados erigidos en límites constitucionales a la libertad de contratación.....	195
3.1.1 Valores constitucionales fundamentales como límites a la libertad de contratación.....	196
3.1.2 Deberes constitucionales como límites a la libertad de contratación.....	199
3.1.3 Buena fe como límite de la libertad de contratación.....	203
3.1.4 Límites constitucionales como norma.....	207
3.2 Límites constitucionales y altruismo contractual.....	214
3.3 Límites constitucionales como mecanismo de realización de los fines del Estado Social de Derecho.....	223
3.3.1 Los fines del Estado social de Derecho.....	224
3.3.2 Fines específicos de los estados español y colombiano como Estado social del Derecho.....	228
3.3.3 La nueva concepción del Orden Público en el Estado social de Derecho.....	232
CONCLUSIONES.....	238

BIBLIOGRAFÍA.....	242
--------------------------	------------

LISTADO DE FIGURAS.

Figura 1. Composición de la autonomía de la voluntad.....	35
Figura 2. Intervención de la Corte Constitucional colombiana en litigios contractuales...	132
Figura 3. Impacto de las sentencias de tutela en la libertad de contratación.....	151
Figura 4. Comparación de enfoques de la autonomía de la voluntad.....	151
Figura 5. Clasificación de los derechos fundamentales según Dieter Grimm.....	158
Figura 6. Clasificación de los derechos fundamentales según Luigi Ferrajoli.....	161

INTRODUCCIÓN

El estudio que ahora se presenta pretende ofrecer un punto de entendimiento de la libertad de contratación y sus límites dentro de los fines y propósitos del Estado social de derecho; en atención a lo anterior, se pondrán de relieve temas tales como la igualdad, la libertad y la solidaridad como cimientos sobre los cuales se edifica dicho modelo estatal, pero además, como ejes en los cuales debe girar la actuación tanto de los poderes públicos como particulares, y que por ende, significan un nuevo entendimiento y comprensión de las instituciones propias del *iusprivatismo* que normalmente se ha pretendido ajeno a dichas discusiones.

Dentro de lo anterior, cobra especial importancia el fenómeno de la constitucionalización del derecho, y especialmente del derecho privado, el cual, pese a ser un tema amplia y suficientemente estudiado, al punto que podría decirse, sin que se traduzca en hipérbole, que “han corrido ríos de tinta” al respecto, cobra gran interés en el presente trabajo, considerando que no busca observar el todo de dicho fenómeno, sino únicamente la parte correspondiente al impacto que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha representado para los límites a la libertad de contratación, que en ocasiones tal como se verá, ha creado nuevos topes a los introducidos de antaño por la civilística tradicional, y en ocasiones ha permitido encontrar nuevo sentido a los límites tradicionales.

La pregunta que se busca responder con esta investigación, será entonces ¿Cuáles son las repercusiones de la constitucionalización del derecho en la libertad de contratación y en sus límites, en un Estado social de derecho? Este interrogante será asumido tanto en el contexto del derecho español como colombiano, a través de una comparación constante tanto en sede *iusprivatista*, como en sede *iusconstitucionalista*.

El interrogante así planteado, pretende alimentar la reflexión y el debate respecto del alcance del compromiso de los particulares en la efectiva realización de los propósitos y finalidades del Estado social de derecho, de manera tal que alcancen su realización material y trasciendan, por tanto, su consagración eminentemente formal. Ahora bien, dada la

naturaleza de los temas a tratar, la discusión planteada deberá ser examinada desde la perspectiva de la denominada constitución económica, y la forma como la misma ha sido llevada a la práctica en los contextos jurídicos estudiados.

La reflexión arriba aludida busca entonces examinar si las instituciones iusprivatistas asociadas a la libertad de contratación y a sus límites, deben ser reexaminadas a la luz de las transformaciones que el dicho proceso de constitucionalización le ha significado.

La estructura de la investigación.

Para efectos de lograr el cometido antes descrito, la investigación se ha organizado en dos partes. En la primera de ellas se ha pretendido estudiar los elementos necesarios para la construcción de la una teoría de límites constitucionales a la libertad de contratación. En desarrollo de lo anterior, este acápite inicia haciendo una revisión histórica sobre la evolución del constitucionalismo y la vinculación de los derechos y libertades al mismo, para buscar así comprender la libertad de contratación en perspectiva constitucional. Hemos de advertir, eso sí, que la revisión histórica planteada no se presenta como una inmersión de profundidad; no nos hemos introducido en las honduras que tal estudio exige, por no ser este el propósito de esta investigación. Hemos abordado el tema entonces, con la suficiencia necesaria para contextualizar la relación de la libertad de contratación con los temas constitucionales correspondientes. Hacemos propias las palabras de profesor Pizzorusso, cuando refiere que “el estudio de los ordenamientos contemporáneos, no puede prescindir de los conocimientos de sus antecesores”.¹

Adicionalmente se ha abordado el estudio de los límites a la libertad de contratación desde su origen primigenio en el *code*, indagando sobre su justificación, y sobre el alcance pretendido para los límites allí introducidos; se ha procurado observar después, como fenómenos sociales tales como la revolución industrial, la mercantilización del derecho civil y el surgimiento de los regímenes de consumo, entre otros, han representado cambios en las instituciones iusprivatistas tradicionales asociadas a la autonomía de la voluntad y

¹ PIZZORUSSO, Alessandro. Curso de derecho comparado. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1987. Pág. 81.

dentro de ella, especialmente, a la libertad de contratación, para luego observar el alcance de dichos límites frente a las finalidades y propósitos que encierra la forma de organización política correspondiente al Estado social de derecho.

La segunda parte del trabajo busca dar una mirada práctica, y por ende, más cercana a la realidad desprendida de los procesos de constitucionalización colombiano y español. Este es el punto que puede resultar un tanto más polémico, pues si bien es cierto que los dos países en comparación han adoptado el modelo de Estado social de derecho, sus procesos de constitucionalización se han llevado por causas distintos, especialmente en cuanto al fenómeno de la *Drittwirkung*, esto es de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, y del acceso a la justicia constitucional.

Las diferencias denunciadas conllevan a que, para el contexto colombiano sea menester observar los pronunciamientos del juez constitucional sobre la materia, a la vez que en el contexto español se han estudiado los pronunciamientos doctrinarios más relevantes. A partir de lo anterior, se ha observado el surgimiento de variados criterios que fungen como límite a la libertad de contratación, conllevando a que sea necesario dotarlos de naturaleza jurídica, con lo que se ha explorado su dimensión como deberes constitucionales, o valores constitucionales, etc., llegando con tal indagación a entender que los fines propios del Estado social de derecho, y dentro de ellos, especialmente, la solidaridad, pueden erigirse como verdaderos límites a la libertad de contratación, comprometiendo la eficacia de las instituciones tradicionales del iusprivatismo como herramienta para lograr los fines propios de dicha forma política estatal.

Las fuentes de estudio.

El estudio ha acudido a tres fuentes esenciales a saber: i) Los textos constitucionales colombiano y español, ii) la doctrina constitucional emanada de los órganos jurisdiccionales, y iii) Los pronunciamientos doctrinales.

Respecto de la primera fuente, esto es, los textos constitucionales, debe destacarse que en ellos se han explorado e interpretado las disposiciones relativas a las libertades que puedan asociarse a la libertad de contratación; de otro lado se ha mirado con especial atención a las instituciones propias de la llamada “Constitución económica”, bajo el entendido de que el contrato, la libertad de contratación y las libertades que de ella emanan, son verdaderas instituciones económicas y no jurídicas.

La segunda fuente estudiada, corresponde a la doctrina constitucional directamente asociada con el tema objeto de estudio. En este punto es importante destacar que se ha acudido principalmente a la doctrina emanada de la Corte Constitucional colombiana y que son muy pocas las referencias del Tribunal Constitucional español; esto obedece principalmente a los mecanismos de acceso a la justicia constitucional implementados en uno y otro país, tal como se verá en el desarrollo de la investigación.

Finalmente, la tercera de las fuentes a las que se ha acudido, corresponde a los pronunciamientos doctrinales más relevantes sobre la temática en estudio. Para el efecto habrá de tenerse en cuenta que por los giros propios de las labores investigativas, a veces sorprendentes, a veces inesperados, este trabajo inició siendo un trabajo de derecho privado y luego pasó a ser un trabajo con énfasis constitucional; bajo el entendido de lo anterior, y en atención a lo sugerido por la oportuna dirección inicial del trabajo, se acudió a las fuentes más importantes de la civilística tradicional y contemporánea, española y colombiana. Posteriormente el trabajo presentó un giro que lo aproximó más al campo *iusconstitucionalista*, por lo que bajo la nueva dirección, se procedió a hacer lo propio, esto es, a consultar las fuentes bibliográficas más relevantes del constitucionalismo tanto en el estudio histórico del mismo, como en el fenómeno neoconstitucionalista en los contextos español y colombiano.

Así las cosas, con plena confianza y orgullo a la vez, podemos decir que el trabajo que ahora se presenta, se encuentra suficientemente fundamentado, pues ha encontrado fuertes cimientos en los referentes bibliográficos sobre los cuales descansa.

El método comparativo.

Al referirse a la comparación en las ciencias sociales, ha sugerido el profesor Giovanni Sartori², que una adecuada comparación debería al menos responder a tres preguntas centrales, a saber: i) ¿Por qué comparar? ii) ¿Qué comparar?, y iii) ¿Cómo comparar?

El presente trabajo, aun cuando no es en estricto rigor un trabajo de comparación dadas las honduras y exigencias que dicho tipo de emprendimientos requiere, si ha pretendido hacer una aproximación superficial respecto de la forma como se ha entendido la libertad de contratación en los Estados sociales de derecho en los contextos constitucionales colombiano y español tal como se verá en el desarrollo de la investigación.

Ahora bien, respecto a la cuestión inicial *¿por qué comparar* los contextos colombiano y español? Una respuesta inicial, simple pero a la vez cargada de mucho sentido, surge de la entrañable relación siempre presente entre las instituciones políticas de cada una de estas naciones, y de sus pueblos entre sí. Más de trescientos años de presencia española en tierras americanas, y especialmente en el territorio que hoy es la República de Colombia, obviamente permiten entender que hemos heredado mucho de la forma de entender y construir nuestra vida institucional, a la vez que permiten comprender que España sea siempre un referente a tener en cuenta en el estudio de nuestro presente. Ahora bien, en el fondo de la pregunta sobre por qué comparar, surge una respuesta inevitable, propuesta por el mismo profesor Sartori, respecto a que la comparación sirve para aprender de las experiencias de otros³, en este caso consideramos que la academia y la práctica jurídica colombianas pueden y tienen mucho que aprender de la experiencia española, considerando que la inmersión en el concepto que representa el “Estado social de derecho”, y consecuentemente la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos inició en España con aproximadamente doce o trece años de anticipación respecto de lo ocurrido en nuestro país, así que los estudios respectivos en el país peninsular tienen mucho que enseñarnos; pero a la vez se debe considerar que el fuerte activismo en el proceso de

² SARTORI, Giovanni. Compare why and how. En Comparing nations. Concepts, strategies, substance. Edited by Mattei Dogan & Ali Kazancigil. Edit. Blakwell Publishers. 1994. Pág. 14.

³ SARTORI, Giovanni. Op. Cit. Pág. 16.

constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano, que ha sido ejemplo en el contexto latinoamericano, tiene mucho que aportar a otros países, entre ellos a España, con lo cual se logra una constante sinergia que no corresponde desechar.

Adicionalmente la comparación se hace necesaria en este tipo de estudios, a la luz de lo expuesto por el profesor Sartori, para efectos de evitar el “parroquialismo”, esto es la visión interna bajo la propia perspectiva de un mismo país. De esto no hay mucho por aprender. Con acierto ha dicho el profesor Alessandro Pizzorusso que *“a través de la comparación puede llegarse a la individualización de reglas o principios que representan un patrimonio común a varios ordenamientos aunque no se expresen explícitamente en disposiciones promulgadas según las técnicas previstas por las normas sobre producción jurídica.”*⁴ La anterior cita deberá ser recordada al final, cuando se destaquen las bondades de la comparación emprendida en esta investigación.

Al referir la segunda cuestión correspondiente a qué comparar, el profesor Sartori refiere que no pueden ser objeto de comparación elementos que contengan exactamente las mismas características, ni tampoco aquellos que sean absolutamente diferentes; en tal orden de ideas solo resulta comparables aquellos elementos que posean características relevantes comunes, pero también que presenten diferencias.

Bajo el entendido anterior, cabe destacar que el contexto *iusconstitucional* colombiano y español son comparables bajo la idea de que ambos se estructuran bajo la forma de “Estados sociales de derecho”, y ambos han emprendido procesos de constitucionalización de sus ordenamientos jurídicos, irradiándolos del respeto, promoción y defensa de los derechos fundamentales. Adicionalmente a lo anterior, y ya en perspectiva *iusprivatista*, habrá de considerarse que si bien los procesos de codificación español y colombiano presentan grandes diferencias, coinciden en adoptar la normatividad francesa derivada del *code* y relativa a los contratos, casi en su integridad, lo cual incluye, por supuesto, los conceptos de autonomía de la voluntad y sus límites.

⁴ PIZZORUSSO, Alessandro. Op. Cit. Pág. 83.

Si bien lo anterior se erige como características comunes que permiten la comparación, hemos de destacar también que el contexto jurídico constitucional colombiano y español presentan diferencias, en lo que a nuestro estudio interesa, en el proceso de efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, y en los mecanismos de acceso a la justicia constitucional, lo cual complementa la fórmula comparativista y hace que la comparación resulte procedente.

Visto lo anterior, resulta fácil abordar la siguiente y última de las preguntas formuladas por el profesor Sartori, correspondiente al cómo comparar, pues habiendo establecido las similitudes y diferencias entre los sistemas jurídicos constitucional y civil, colombiano y español, podemos finalmente adentrarnos en la minucia correspondiente a la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación en uno y otro esquema y la forma como se ha visto afectada frente al fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico dentro de los postulados del Estado social de derecho, en las formas en que se ha entendido en los contextos estudiados. Así las cosas, la comparación se realizará sobre el análisis de la base documental constituida por las fuentes de estudio arriba indicadas.

Bajo las anteriores consideraciones, esperamos que el estudio presentado a consideración, llene las expectativas que el mismo pueda suscitar, y que responda con suficiencia los interrogantes que motivaron el emprendimiento de esta tarea.

I PARTE

ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

CAPÍTULO I.

CONSTITUCIÓN Y LIBERTAD

Elaborar una teoría sobre los límites constitucionales a la libertad de contratación requiere tener muy presente el régimen jurídico de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Para ello, debemos partir de un estudio en perspectiva histórica de cómo se han constitucionalizado y normativizado los derechos y las libertades públicas en el Estado constitucional.

En estadios iniciales del constitucionalismo se desconocía la posibilidad de oponer la Constitución en defensa de los derechos, pues se entendía que la Constitución debía ocuparse de cosas tales como la construcción y consolidación de las formas de gobierno y no de los derechos, pues estos correspondían al campo de la ley.⁵ Tomando como referencia al profesor español Luís Prieto Sanchís, diremos que venimos de escenarios en los que los textos constitucionales se limitaban a hablar *“de la ‘política’ y de sus protagonistas, pues del ‘mundo’ ya hablaría el legislador”*⁶, para pasar a escenarios en los cuales los textos constitucionales no solo predicán los derechos, sino que además promueven y permiten su aplicación, pues es precisamente en el ‘mundo’ donde se suceden los conflictos jurídicos que casi siempre tienen relevancia constitucional y que conducen a entender que los derechos establecidos en sede constitucional, desbordan el mundo de lo político y se

⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Constitución, de la antigüedad a nuestros días. Edit. Trotta. Madrid, 2001. Pág. 128.

⁶ PRIETO SANCHÍS, Luís. El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica. Editorial Trotta. Madrid, 2013. Pág. 31.

introducen al mundo ordinario. Siendo así, fuerza entender que igual situación sucede con los límites establecidos a tales derechos, amén del reconocimiento de la inexistencia de derechos absolutos.

Parafraseando a Bobbio, el profesor colombiano Néstor Iván Osuna⁷, ha dicho que “[L]as variaciones de las condiciones materiales de vida crean nuevas demandas de protección, y así mismo, el desarrollo científico, tecnológico y cultural crea nuevas aspiraciones de libertad, a la vez que permite satisfacerlas”, construyendo por esta vía un amplio régimen de derechos, libertades y límites dotados de relevancia constitucional.

Sea pues, lo primero, examinar la forma en la que los derechos y libertades, y su efectividad, y entre ellos, la libertad de contratación, se relacionan con el constitucionalismo y las implicaciones jurídicas que resultan de tal relación.

1.1. De las constituciones con contenido orgánico a las constituciones fuente y garantía de derechos.

En la primavera de 1862, en la ciudad de Berlín, Ferdinand Lasalle pretendía resolver una pregunta que aún hoy resulta compleja y difícil de responder a cabalidad. El interrogante que asumía y buscaba responder el ilustre jurista prusiano era ¿Qué es una Constitución?⁸, de lo cual se desprendería, a su vez, la primera explicación sobre el término. La respuesta a la que arribaba, no resolvía la cuestión de fondo, habida consideración de que la noción de “Constitución” es más antigua que su concepto, tal como lo advierte el profesor Manuel

⁷ OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. Derechos y libertades constitucionales. En AA.VV. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Paola Andrés Acosta Alvarado [y otros]; Magdalena Correa Henao, Néstor Osuna Patiño y Gonzalo Ramírez Cleves (editores académicos). Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2017. Pág. 349.

⁸ LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Editorial Panamericana, Tercera edición, 1996. Bogotá, Colombia.

Aragón Reyes⁹, pero sí explicaba las relaciones de poder y acuerdos de los diferentes actores que conforman una sociedad, y deja ver cómo no es posible explicar la existencia de Estado alguno, o época alguna¹⁰, carente de una Constitución, pues ello implicaría aceptar la carencia de factores reales de poder.¹¹

En tal orden de ideas, se puede comprender que “[C]ualquier comunidad posee una constitución en sentido empírico”¹², pues la noción de Constitución se refirió inicialmente a la idea de la limitación del poder a una norma superior que garantizara la supervivencia de la forma de organización que se hubiere adoptado.¹³ Esto explica la relación necesaria que existe entre los conceptos de Constitución y Estado, y conduce a entender que todo Estado tiene una Constitución, y que, consecuentemente, donde no hay Constitución, presumiblemente no hay Estado.¹⁴

Así las cosas, la noción de Constitución, no es una noción que pueda considerarse estática, pues por el contrario, ha sido dinámica y cambiante, ha evolucionado de la misma manera que han evolucionado las sociedades y las relaciones de las diferentes formas estatales y sus gobernantes, con los gobernados. En tal orden de ideas, se podrá entender que la Constitución de la Edad Media, difería grandemente de las constituciones que conocemos hoy en día; en el medioevo se trataba de constituciones expresadas en “leyes fundamentales” de carácter consuetudinario, cuya legitimidad radicaba en la tradición, unida a la razón y a la voluntad divina. Las leyes fundamentales a que se ha hecho

⁹ ARAGON REYES, Manuel. La Constitución como paradigma. En AA.VV. Teoría del constitucionalismo. Ensayos escogidos. Editor Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid 2007. Pág. 29

¹⁰ Recuérdese para el efecto que desde la antigua Grecia, se hablaba de la búsqueda de la “mejor constitución”, entendida como aquella que procura equilibrio entre monarquía, aristocracia y democracia, según lo relata el profesor Maurizio Fioravanti. Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit. 2001. Pág. 26. El profesor Niccola Matteucci por su parte recuerda como aristotélicamente se entendía el término como conjunto de normas o principios que presiden la vida de cualquier sociedad organizada. Cfr. MATEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Editorial Trotta. Madrid 1998. Pág. 23.

¹¹ LASALLE, Ferdinand. Op. Cit. Pág. 20.

¹² GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Editorial Trotta S.A. Madrid – España. 2006. Pág. 28.

¹³ Se parte desde este entendimiento del concepto para referirnos a las normas superiores asociadas al ejercicio del poder, pues el término *Constitutio* o *Constitution* se referían en principio a textos referentes a la manera en que habían llegado a configurarse los Estados. Posteriormente se asociaba a los contratos de dominación. Estos temas resultan ajenos e indiferentes para nuestro tema de investigación.

¹⁴ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 49.

referencia, se estructuraban como un pacto o acuerdo en el que se establecía aquello que debía ser preservado frente a la posibilidad de un rey que decidiera dar paso a la tiranía.¹⁵ Ejemplos claros de leyes fundamentales eran las relacionadas con las reglas de sucesión al trono, dimisión del monarca, etc.¹⁶

En tal contexto la ley fundamental no representaba los derechos o libertades que correspondían al pueblo, sino “la expresión de la unidad, la existencia de un universal que comprende distintas partes, pero también, y al mismo tiempo, garantía de la permanencia de manera separada de aquellas partes, aun dentro de lo universal”.¹⁷ Amén de lo anterior, vale tener presente que en la sociedad medieval, se reconocían ciertos derechos de los que eran titulares los nobles, los propietarios y curiosamente hasta podían ser titulares los pueblos o monasterios, pero se trataba de derechos que adquiridos por el paso del tiempo o por herencia ; en el plano individual y como una forma de garantía procesal, cobra especialísima importancia, el denominado “*habeas corpus*”, no obstante se debe considerar que tales derechos no correspondían a derechos de rango constitucional, sino a graciosas concesiones otorgadas por el soberano¹⁸.

Posteriormente, con los desarrollos de las llamadas revoluciones liberales norteamericana y francesa, se introduce el modelo de textos constitucionales con contenido programático¹⁹ y con ello se da inicio al desarrollo del Estado moderno. En este se impone el modelo de constituciones escritas, cuya legitimidad radica en el contenido de las normas y en la fuente

¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit. Pág. 63.

¹⁶ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo Andrés. Teoría de la constitución, constitución y poder constituyente. En AA.VV. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Paola Andrés Acosta Alvarado [y otros]; Magdalena Correa Henao, Nestor Osuna Patiño y Gonzalo Ramírez Cleves (editores académicos). Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2017. Pág. 41.

¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit. Pág. 62.

¹⁸ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Derechos civiles y políticos: una visión jurídico-política. En AA.VV. Derechos Humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis. Editores José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer y Rafael Enrique Aguilera Portales. Edit. UNED, Madrid, 2017. Pág. 142.

¹⁹ El profesor Grimm, refiere que las constituciones en sentido normativo, fueron productor de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, cuando buscaban constituir gobiernos legítimos frente al derrocamiento de los poderes estatales, monárquicos, tradicionales y autolegitimados. Cfr. GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 28.

de la cual emana, la cual es la soberanía popular, expresada a través de asambleas constituyentes o referendos.²⁰

De otro lado, cobra especialísima importancia el contenido del texto constitucional, pues se supera la idea según la cual la constitución solo debía corresponder a una ley superior al derecho ordinario, que organiza y distribuye el poder, para entender que además debe estar compuesta por un contenido esencial: la garantía de los derechos y libertades ciudadanas, con claras limitaciones frente a la posibilidad de violación de tales derechos por parte del aparato estatal²¹. El contenido esencial de la Constitución así establecido, era consecuencia directa de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que en su importantísimo artículo decimosexto, reza: *“Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene Constitución”*.²² Esto último fue lo que permitió la imposición de los textos constitucionales con carácter normativo²³, pues resultaba claro que el bienestar social y la justicia no eran posibles sin la limitación del poder estatal.

Dicho en otros términos por el profesor Riccardo Guastini, el término Constitución podría denotar cualquier ordenamiento estatal en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante técnicas oportunas y reales de división del poder político.²⁴ De esta manera se logra una amalgama que conduce a entender que la Constitución no solo se dirige a asegurar una determinada forma de poder político sino, además, a evitar la intromisión del poder en la órbita de la autonomía individual de los ciudadanos.

Resulta interesante observar como en esta concepción de la Constitución, aparecen ya los derechos como límite al poder de los gobernantes, es decir, aparecen los derechos erigidos

²⁰ MATEUCCI, Nicola. Op. Cit. Pág. 25.

²¹ MATEUCCI, Nicola. Op. Cit. Pág. 25.

²² FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit. 2001. Pág. 114.

²³ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 29.

²⁴ GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editor Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid 2007. Pág. 16

como “derechos fundamentales”, que limitan la capacidad operativa del gobernante y la capacidad normativa del legislador a la protección y equilibrio de la libertad individual.²⁵ Los derechos de que se podía disfrutar a partir de las revoluciones liberales, podían coincidir con los derechos de la sociedad medieval, pero se fundamentaban de manera diferente, pues se apartaba del historicismo y se dejaba atrás la consideración de ser concesiones graciosas del monarca, para ser considerados derechos humanos de origen natural, con lo cual perdían toda dependencia del monarca.²⁶

No obstante lo anterior, la historia demostraría que esta incorporación de los derechos en el texto constitucional sería poco considerada en aspectos prácticos, pues la cultura del *legalismo* restaría tanta importancia al texto constitucional que lo haría prácticamente inaplicable, otorgándole, por el contrario, mayor relevancia al texto legal; este era el escenario de la llamada “*interpositio legislatoris*” en la cual la mediación del legislativo era condición necesaria para la efectividad de los derechos reconocidos en sede constitucional.

Lo anterior, puede ser entendido adecuadamente, en la explicación ofrecida por el profesor Luís Prieto Sanchís, quien considera que la Constitución y los derechos que ella contiene, en este escenario, no corresponden a una realidad existente, sino simplemente un deber ser que comúnmente resulta ignorado por la práctica jurídica y política de los operadores sometidos a la misma. En tal orden de ideas, el reconocimiento de derechos en los textos constitucionales solo tiene por objeto la limitación del poder desde el reconocimiento de la dignidad y autonomía del individuo como valores primarios²⁷, pero carece de la posibilidad de invocación directa del texto constitucional en estrados judiciales, en procura de la efectividad de los derechos allí reconocidos. Lo anterior podría explicar cómo las constituciones del Estado moderno carecen de la capacidad de generar un cambio inmediato

²⁵ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 29.

²⁶ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 144.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 2013. Pág. 226.

de las realidades sociales, y se limitan simplemente a inspirar, indirectamente, tales cambios.²⁸

El profesor español Ángel M. López y López, encuentra en esta tradicional tipología de textos constitucionales, al menos tres factores característicos, así: i) suficiencia en normas que articulan con minuciosidad la parte orgánica; ii) variedad de derechos individuales, sustentados en las ideas de propiedad, libertad y seguridad, con poquísima, por no decir que nula, eficacia de los mandatos constitucionales en las relaciones *inter privatos*, y; iii) flexibilidad del texto constitucional, que no sacrifica los valores y derechos reconocidos a los particulares, por considerarlos suficientemente amparados por los Códigos civiles, como clara representación de las vetustas declaraciones de derechos del iusnatiuralismo racionalista. Así las cosas, los derechos se enumeraban en las Constituciones y se desarrollaban en los Códigos.²⁹

El profesor español Elviro Aranda Álvarez, recuerda cómo Kriele, refiriéndose a esta particular cuestión, afirmaba que la declaración gala de derechos, se erigía como una obra maestra de oratoria que ningún tribunal podría utilizar para apoyar una pretensión o fundamentar una decisión,³⁰ situación que se presenta también en el contexto americano.³¹

En el constitucionalismo colombiano, el escenario descrito anteriormente es claramente explicado por el profesor Diego Eduardo López Medina, por cuya claridad en su exposición merece ser citado *in extenso*; refiere:

“La Constitución, según la práctica forense aceptada, no era frecuentemente usada en el litigio. La única fuente verdaderamente práctica de derecho era el código y las leyes, a pesar del reconocimiento formal de supremacía de la Constitución. La

²⁸ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 35.

²⁹ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Derecho civil constitucional. Editorial Universidad de Sevilla. 2015. Pág. 33.

³⁰ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 137.

³¹ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 144.

*fortaleza ideológica del Código era tan grande que la ley 153/1887, en orden de dar utilidad práctica a la Constitución, contenía una norma que resulta completamente extraña en términos de fuentes del derecho; en efecto, la ley llegó a declarar que la carta de derechos de la Constitución de 1886 era parte integrante del Código y, he aquí lo más extraño, tenía fuerza de ley.”*³²

Así las cosas, es fácil entender que la Constitución fuera vista más como un texto de carácter orgánico y no dogmático; en tal orden de ideas era vista como la fuente de regulación de las funciones estatales mediante la asignación de determinadas y precisas funciones a las diferentes ramas del poder público, pero no lograba ser vista como una carta de derechos que los ciudadanos pudieran utilizar en sentido práctico para hacer valer los contenidos iusfundamentales que emanaban de la misma.³³ Idéntica situación ocurría en el escenario europeo, tal como lo muestra Gustavo Zagrebelsky cuando advierte que los derechos “no consistían en una ‘sustancia’ sino en una simple ‘forma’ jurídica, la forma de la ley. La garantía de los derechos se reducía a la ‘reserva de ley’”³⁴, e incluso advierte como la proclamación de determinados derechos en los textos constitucionales cumplía únicamente una función de “simple directiva”, pero carecía de poder vinculante, dejando así la determinación y alcance de los derechos a lo dispuesto por la regulación legal.³⁵

Ahora bien, pese a la nula efectividad práctica de las declaraciones de derechos en los textos constitucionales, que ya se ha comentado, merece destacarse el hecho de que las declaraciones allí contenidas, sumadas a los derechos civiles y políticos reconocidos, darían lugar a un modelo político garante de las libertades de los ciudadanos, que para el efecto corresponde al Estado de derecho.³⁶

³² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Segunda edición. Octava reimpresión. Editorial Legis. Bogotá – Colombia. 2009. Pág. 207.

³³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. Pág. 408.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. Séptima Edición 2007. Madrid. Pág. 48.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. Pág. 50.

³⁶ ARANDA ÁLVAREZ. Elviro. Op. Cit. Pág. 150.

El escenario en el que se desarrolló ese constitucionalismo “orgánico” o “normativo” descrito líneas arriba, se mantuvo vigente hasta el surgimiento de las llamadas “constituciones del Estado constitucional”, término acuñado por el profesor Josep Aguiló³⁷, con el cual se hace referencia principalmente a las constituciones emanadas a partir de la segunda posguerra europea, como una respuesta a los excesos surgidos con ocasión de los movimientos fascista italiano y nacionalsocialista alemán³⁸, y en el entender del profesor Miguel Carbonell³⁹, se daría especialmente a partir de los años setenta del siglo XX⁴⁰, cuando se empiezan a expedir textos constitucionales que no se limitan a establecer competencias para el ejercicio del poder público, sino que “*condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos*”.⁴¹

³⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. La constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. Editorial Temis S.A. Lima – Perú, Bogotá – Colombia. 2004.

³⁸ Los movimientos fascista italiano y nacional socialista alemán, se erigieron como movimientos carentes de una filosofía orgánica, se construyeron sobre la marcha de los acontecimientos para justificar hechos cumplidos; se caracterizaron por un nacionalismo radical, odiaban el liberalismo, la democracia, el parlamento y los partidos políticos, remplazaron todas estas instituciones por un modelo de Estado autoritario, poderoso y corporativo. Sus ideologías se fundamentaban en elementos de irracionalidad y mitos como el de la nación, la pureza de la raza, un pasado glorioso, el culto del líder, etc. Estos elementos, entre muchos otros, sumados al afán expansionista alemán, dieron origen a la segunda guerra mundial y se exacerbaban durante la misma, generando en el periodo siguiente a la segunda posguerra, un afán de adaptación del Estado liberal de derecho, individualista y abstencionista a los nuevos requerimientos del desarrollo técnico, social y económico del siglo XX, evolucionando hacia el Estado social de derecho; para morigerar el individualismo se incorporan los llamados derechos sociales y surge el compromiso del Estado frente a los objetivos de justicia social. De esta forma se justifica un intervencionismo estatal en la vida económica de los asociados y se hace frente a los grandes problemas sociales derivados de la confrontación bélica (HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Las ideas políticas en la historia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia: 1997).

³⁹ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. (pp. 9-14). En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta S.A. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid. 2007. Pág. 10.

⁴⁰ En coincidencia con lo anterior, el profesor Mauro Barberis refiere: “la aparición del neoconstitucionalismo puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado, en los años setenta, por Ronald Dworkin”. BARBERIS Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral (pp. 259 – 281). En: AA.VV. Constitucionalismo(s). Editorial Trotta, Madrid – España, 2005. Pág. 260.

⁴¹ Sin embargo, las características más comunes emanadas del fenómeno neoconstitucionalista, tales como los contenidos normativos en los textos constitucionales, el cambio en las prácticas jurisprudenciales que otorgan un papel activista del juez llevándolo a asumir un rol de actor político, y los novedosos desarrollos teóricos surgidos tomando como base los nuevos textos constitucionales, ya se encontrarían presentes en las constituciones mexicana de 1917 y en la alemana de 1919, conocida como Constitución de la República de Weimar, así que, según el mismo profesor Carbonell, algunos elementos relativos a las características neoconstitucionalistas pueden ser rastreados, incluso desde los años treinta del siglo XX. El profesor Aranda Álvarez, destaca como tales constituciones mexicana y alemana, son las primeras en incorporar los derechos económicos y sociales. Cfr. ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 152.

Así las cosas, es claro que el cambio más importante generado por el constitucionalismo de la segunda posguerra europea, es “el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de derecho decimonónico”.⁴² Tales cambios se representan, en el decir del profesor español Luís Prieto Sanchís, en la introducción de un modelo de constitución en el que confluyen las tradiciones constitucionales que permiten observar el texto constitucional, simultáneamente como garantía o límite del poder estatal y a la vez como norma directiva fundamental, esto es, un modelo de constitución material y garantizada⁴³; con lo anterior, se ha dado vida a un modelo en el que los derechos, valores y principios de rango constitucional se han depositado en manos de los jueces, en general, y no se han reservado al Tribunal Constitucional exclusivamente.

La introducción de las llamadas “constituciones del Estado constitucional”, y el desarrollo práctico derivado de las mismas, ha dado lugar al reconocimiento de una serie de características “revolucionarias” si se comparan con el constitucionalismo anterior al constitucionalismo de posguerra. El profesor Prieto Sanchís⁴⁴ distingue tres rasgos característicos del “constitucionalismo de los derechos”, así: i) La incuestionable fuerza normativa de la constitución como norma suprema; ii) La rematerialización constitucional que conduce a ampliar las normas de competencia o procedimiento en el ejercicio del poder con normas sustanciales que trazan límites negativos y vínculos positivos a la actuación estatal, y; iii) La garantía judicial y la aplicación directa del texto constitucional.

Las características antes descritas, son ‘desmenuzadas’ por el profesor Guastini, quien distingue los siguientes rasgos característicos: i) El establecimiento de constituciones rígidas, lo cual es la resultante de la suma de la tradición norteamericana de rigidez constitucional, con la tradición francesa de la soberanía popular, y consecuentemente

⁴² PRIETO SANCHIS, Luís. El constitucionalismo de los derechos. (Pp. 213 – 235) En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta S.A. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid. 2007. Pág. 213.

⁴³ El autor explica que por “constitución material”, entiende aquella contraria al modelo de constitución simplemente formal o meramente procedimental; a la vez que asume por “Constitución garantizada”, aquella cuya efectividad se confía a los jueces.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 2013, Pág. 25.

conlleva la convicción de la infalibilidad del constituyente que encarna la voluntad general⁴⁵; ii) La garantía jurisdiccional de la constitución, esto es el respeto por la producción normativa respecto del texto constitucional y los controles establecidos para garantizarlo; iii) la fuerza vinculante de la constitución, con lo cual supera la doctrina de la limitación de los poderes gubernamentales, para dar paso a los deberes del gobierno de promover y realizar los fines constitucionales⁴⁶; iv) la sobre-interpretación de la constitución, entendida como la posibilidad de extensión del escrito finito de los textos constitucionales, conllevando a que se extraigan normas implícitas de los mismos, de tal manera que sean capaces de regular todo aspecto de la vida social y política; v) La aplicación directa de las normas constitucionales. Lo que representa la posibilidad de mirar el texto constitucional no como una especie de catecismo político, que se consulta de cuando en vez, sino como un texto que produce efectos prácticos y que está al alcance de cualquier juez en cualquier controversia que no pueda ser resuelta sobre bases legales; vi) la aplicación del principio de “interpretación conforme”, según el cual toda la normativa anterior y posterior a la expedición del texto constitucional, debe interpretarse de acuerdo a los fines perseguidos constitucionalmente, y; vii) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, lo que se entiende como las facultades constitucionalmente atribuidas a los tribunales constitucionales o similares, para resolver conflictos competenciales entre autoridades; igualmente se refiere al control de la legitimidad legislativa, en cuanto al proceso de aplicación de leyes puede ocasionar “choques” o colisiones entre principios defendidos constitucionalmente con igual intensidad, por lo que conllevan a procesos de ponderación, y; conduce también a entender que el texto y doctrina constitucional puede ser invocado como “argumento *ad auctoritatem*”⁴⁷.

Debe advertirse la inmensa importancia que en este esquema adquiere la jurisdicción constitucional, sin la cual la Constitución “queda librada únicamente a su respaldo

⁴⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Trotta. 1996. Pág. 131.

⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit. 1996. Pág. 131.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. (pp. 49 – 73). En AA.VV. Neoconstitucionalismo(s). Segunda Edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2005. Pág. 50.

social”⁴⁸, es decir, la jurisdicción constitucional se posiciona como el mecanismo idóneo para imponer los mandatos constitucionales y garantizar la efectiva realización de los fines y propósitos emanados de la Carta. Así, los tribunales constitucionales deberán considerarse como elementos indispensables para lograr la mutación constitucional y con ella la transformación de las realidades sociales.

Los elementos característicos antes descritos, no requieren ser explicados *in extenso*, considerando que han corrido ríos de tinta respecto de los mismos y que este no es el propósito de esta investigación, pero sí vale la pena recordar que la confluencia de tales elementos, conduce a los procesos de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos en general⁴⁹, y por supuesto a las diferentes áreas que los componen, lo cual se verá en detalle posteriormente.

1.2. Sobre constituciones políticas y económicas.

Las regulaciones constitucionales a la actividad económica, que hoy también son vistas con suprema naturalidad, no siempre estuvieron presentes; al igual que lo visto en el numeral antecedente, son fruto de la evolución político social ocurrida en largos periodos de tiempo.

El profesor español Martín Bassols Coma, explica como en el primer constitucionalismo las determinaciones y preceptos de naturaleza económica se encontraban ausentes, habida consideración de que el orden económico era producto de leyes económicas naturales; los ideales liberales propios de la época, conducían a entender que a la par de la libertad política, surgía una suerte de armonía económica que conducía al abstencionismo estatal.⁵⁰

⁴⁸ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 36.

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. 2005. Pág. 49

⁵⁰ BASSOLS COMA, Martín. Constitución y sistema económico. Madrid, Editorial Tecnos 1988. Pág. 24.

Fue la depresión económica de 1873 la que condujo a cuestionar la creencia liberal de la autoregulación económica y la creencia socialdemócrata de la capacidad de los obreros de surgir de la explotación por sí mismos, conduciendo a la discusión entre quienes defendían el intervencionismo estatal en temas de naturaleza económica y quienes se oponían al mismo.⁵¹ No obstante la discusión planteada, se impondría una vez más, la fórmula del Estado liberal de Derecho, que conduciría a imponer formalmente el abstencionismo en materia económica, a la vez que el impulso vía administrativa, de políticas que consolidarían la estructura capitalista y fomentarían la industrialización, con alguna ligera política asistencial en favor de los indigentes⁵² o de los desarraigados y cosificados.⁵³

La intervención estatal en la economía, surge como contribución indirecta de la primera guerra mundial, y como resultado de la necesidad de ganar un conflicto bélico que se prolongaba por más tiempo del previsto, conduciendo a su turno, a la necesidad de imponer una economía organizada, planificada y dirigida exclusivamente a dicha finalidad. Los movimientos obreros aplaudieron el salto de la economía liberal – capitalista, al modelo de economía reglamentada, con lo cual se ponía en entredicho la pretensión liberal de la autoregulación económica.⁵⁴ Es así como surge el concepto de “Constitución económica”, como una realidad por entero diferente al tradicional modelo de Constitución, que para efectos de distinguirse en cuanto a sus contenidos, pasará a denominarse “Constitución política”.⁵⁵

En el periodo de entre guerras, con ocasión de la devastación sufrida durante la hasta entonces “Gran guerra”, surgen una serie de políticas tendientes a paliar los efectos político económicos sufridos, dando origen a una versión “light” del actual Estado social, correspondiente al Estado de bienestar. Este modelo estatal buscaba crear una sociedad nueva tendiente a aminorar el riesgo de la revolución que preocupaba a inicios del conflicto

⁵¹ SOTELO, Ignacio. El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Editorial Trotta. Madrid. 2010. Pág. 162.

⁵² BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 24.

⁵³ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 151.

⁵⁴ SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 188.

⁵⁵ BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 27.

bélico. Con base en lo anterior, surgen programas de construcción de viviendas, planes de salud, planes de educación que condujeron a la implementación de políticas de educación gratuita, y finalmente los subsidios de desempleo.⁵⁶ Las novedosas políticas económicas de “reconstrucción” post-bélica no podían desarrollarse sin la previa desarticulación de la filosofía propia del estado liberal, lo cual parecía (y aún parece) imposible de lograr bajo el entendido de que ello implicaba desconocer los privilegios adquiridos por las clases dominantes, quienes obviamente se oponían a la intervención estatal en la economía.⁵⁷

Posteriormente, con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, se acentúan los postulados y modelos de intervención propuestos durante la primera posguerra europea, dando origen a una nueva discusión de políticas económicas, que enfrentaría las corrientes de planificación económica, en contra de las corrientes denominadas “neoliberales”, que comprenderían el modelo de “Economía social de mercado”. Durante la segunda posguerra, ya en pleno desarrollo de la “edad de oro del Estado de bienestar”, se imponen ideas tales como las de entender que la economía ya no solo debe estar al servicio de la creación y funcionamiento de las empresas y del aparato productivo, sino que además debe ocuparse del bienestar de los hombres. Será entonces el bienestar colectivo y no el ánimo de lucro el que inspire la actuación económica y los afanes de intervención del Estado⁵⁸.

Este periodo denominado de apogeo del Estado de bienestar, se impondrá hasta los años setenta del siglo XX, cuando surgen las constituciones que refuerzan el modelo de bienestar, para dar paso al modelo de Estado social, en el cual se destaca el reconocimiento de derechos sociales que exigen no solo una adecuada actividad prestacional a cargo del Estado, sino que además requiere de la progresiva transformación del orden económico y social. Las políticas económicas durante esta nueva forma estatal, ya no se corresponden con las reglas rígidas que caracterizaron el periodo de la primera posguerra, sino que se materializan a través de normas que fijan fines sociales de rechazo al orden económico liberal, establecen derechos sociales entendidos como prestaciones a cargo del Estado que

⁵⁶ SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 202.

⁵⁷ Idem. Pág. 208.

⁵⁸ BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 36.

deberán ser asumidas de manera progresiva y establecen a manera de principios, programas económicos a desarrollarse no solo por los poderes públicos, sino además por la comunidad como actor político relevante en la satisfacción de las necesidades colectivas.⁵⁹

1.3. Libertades como derechos fundamentales.

El segundo de cuatro proyectos previos al *Code*, fue justificado por Cambecéres⁶⁰, bajo el argumento de que “*todos los derechos civiles se reducen (...) a los derechos de libertad, de propiedad y de contratar*”, previo el entendimiento que “*tres cosas son necesarias y bastan al hombre en sociedad: ser dueño de su persona; tener bienes para colmar sus necesidades; poder disponer, para su mayor interés, de su persona y de sus bienes*”.

La anterior afirmación es claramente inspirada en la expresada años atrás por John Locke, quien en su “Ensayo sobre el gobierno civil”, refería: “*La finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estado o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes*”⁶¹, entendiendo que los bienes a los que se hace referencia, son la vida, la libertad y la propiedad.⁶² El constitucionalismo contemporáneo, por su parte, ha sostenido, por un lado, que el único fin de la Constitución es la libertad, y que la división de poderes es solamente un mecanismo dirigido a asegurar el fin máximo de la libertad⁶³; de otro lado se ha dicho que, los derechos fundamentales no son sino una herramienta dirigida a proteger el interés supremo de la libertad.

⁵⁹ BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 41.

⁶⁰ Citado por SORO RUSELL, Olivier. El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Colección Jurídica General, Monografías. Editorial REUS. Madrid – España. 2016. Pág. 41.

⁶¹ LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil (Segundo tratado, 1690). Traducción de A. Lázaro Ros. Editorial Aguilar, Madrid 1969. Epígrafes 123 y 124. Cabe advertir que la misma fórmula fue incorporada en el artículo 2º de la *Déclaration*, cuando manifiesta “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'home*”.

⁶² ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 148.

⁶³ ARAGON REYES, Manuel. Op. Cit. Pág. 2007. Pág. 31

Si tomamos en serio los planteamientos anteriores, forzoso es concluir que la libertad, en un sistema constitucionalizado, se erige como el más caro de los bienes del hombre, que se pone al servicio y defensa de los bienes restantes, huelga decir, la vida y la propiedad. Es entonces la libertad un límite negativo a la acción del Estado, esto es, un dictado de lo que el Estado no puede hacer; establece la barrera de acción de los particulares que el Estado no puede violar mediante la intervención de sus agentes distribuidos en las diferentes ramas del poder. En tal orden de ideas, la libertad se erige como un derecho de defensa frente al Estado, que le impide violar la propiedad privada, afectar la vida de los ciudadanos, limitar su libertad personal sin justificación válida, e incluso afectar la libertad del estilo de vida digna que adopten los ciudadanos.

En tal orden de ideas, sea lo primero comprender que la libertad, puede tomar diferentes formas, dependiendo de las finalidades que persiga. En tal caso podría hablarse de libertades individuales o de autonomía, y de libertades económicas.

1.4. Libertades individuales o de autonomía, y libertades económicas.

Es menester aclarar que la clasificación propuesta en este acápite no responde a pretensión alguna de utilidad científica, ni corresponde a consideración positiva alguna, pues los diferentes ordenamientos constitucionales establecen diferentes criterios de ordenación y denominación de los derechos que contienen.

La Constitución española, por ejemplo, distribuye en el título I, referente a los derechos y deberes fundamentales, diferentes capítulos en los que comprende, un capítulo de derechos y libertades (Capítulo II), en el cual, a su turno, distingue los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1ª) de los llamados derechos y deberes de los ciudadanos (Sección 2ª); en capítulo aparte (Capítulo III) hace referencia a los principios rectores de la vida económica y social). La Constitución colombiana, por su parte, distribuye los derechos en tres apartes diferentes contenidos en el título II así: Capítulo I, referente a los

derechos fundamentales; Capítulo II referente a los derechos sociales, económicos y culturales, y; Capítulos III referente a los derechos colectivos y del ambiente.

Nótese que ninguno de los textos constitucionales referidos contempla los derechos económicos, como una clasificación correlativa u opuesta al de los derechos o libertades individuales o de autonomía, así que ha de entenderse que esta clasificación surge simplemente como un recurso dirigido a la mejor comprensión del tema objeto de estudio.

Bajo el entendido anterior, iniciaremos por establecer que, para los efectos de la presente investigación, asumimos por libertades individuales o de autonomía a aquellas que sugieren el ejercicio de libertades básicas del individuo, y que aún al carecer de significación económica, resultan ser de mayor importancia o entidad jurídica que aquellas que efectivamente representan intereses patrimoniales, pues tienden a limitar el poder. Estas libertades son comunes a los diferentes regímenes constitucionales de posguerra y aunque pueden variar en cuanto a su denominación, la configuración de sus contenidos pareciera conllevar alcances similares. Se corresponden con lo que el constitucionalismo tradicional conoce como “derechos civiles y políticos”.

Así, podríamos encontrar libertades/derechos tan importantes como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad individual, al debido proceso (protección contra detenciones y allanamientos, derechos procesales, derecho al juicio por jurados, *non bis in idem*, derecho a negarse a declarar, presunción de inocencia, etc.), la igualdad ante la ley, el derecho a la intimidad personal y familiar, etc.; los anteriores obviamente son derechos cuya importancia no requiere de explicación alguna; también podríamos ubicar allí derechos/libertades como la libertad religiosa, ideológica, libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad que a su vez comprende los derechos a la propia imagen y a libertad sexual, entre otros, que determinan la libertad de los individuos para ser y estar en sociedad, para elegir las condiciones de vida digna que prefieran para sí mismos, sin que sea permisible al Estado definir qué es o como es el modelo de vida digna que deben seguir los ciudadanos.

De otro lado se encuentran los derechos o libertades económicas, que efectivamente conllevan implicaciones presentes o futuras de carácter patrimonial, esto es implicaciones referentes a la estructuración y funcionamiento de las actividades materiales productivas y que miran a situaciones presentes de sus titulares o a expectativas futuras de los mismos, derivadas del ejercicio de aquellas. Tanto en la Constitución española, como en la colombiana, los derechos económicos son el derecho a la propiedad (que comprende tanto la propiedad privada como la propiedad intelectual), el derecho al trabajo (que comprende también la libertad de elección de profesión u oficio, el derecho a la remuneración mínima vital y los derechos a la negociación colectiva y a la huelga), y el derecho a la libertad de empresa (aunque para el caso colombiano, como producto de una falta de tecnicismo en el constituyente de 1991, tiene una ubicación diferente en el texto constitucional, pues se encuentra contemplado en el capítulo I del Título XII).

Si bien hoy es natural encontrar un listado de derechos de carácter patrimonial en los textos constitucionales, cabe recordar que los derechos económicos se originan como uno de los aportes importantes sociales de la primera posguerra⁶⁴ que se concretan en los textos constitucionales surgidos durante la segunda posguerra europea, cuando se procura definir un nuevo modelo económico que permita el tránsito de las sociedades capitalistas a las denominadas “economías sociales de mercado”,⁶⁵

La clasificación entre derechos civiles y políticos, que aquí hemos denominado derechos o libertades de autonomía, y los derechos económicos, tradicionalmente se ha realizado apelando a criterios falaces inspirados en el momento histórico de su aparición, con lo cual se le otorga mayor relevancia a los derechos de autonomía por ser anteriores a los derechos económicos, o apelando a los costes de efectividad, con lo cual se considera que los derechos de autonomía son más realizables que los derechos económicos, dadas las limitaciones de los recursos públicos para dar efectividad a los derechos económicos, o

⁶⁴ SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 188.

⁶⁵ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 152.

apelando al mayor grado de concreción de las normas que recogen los derechos civiles y políticos, sobre la vaguedad e indeterminación que rodea a los derechos económicos.⁶⁶

Como ya lo advertimos, los criterios de clasificación de los derechos de autonomía y de los derechos económicos, arriba señalados resultan falaces y por ende son fácilmente derrotables, no obstante para los efectos de la presente investigación, se hace imperioso contar con la clasificación de los mismos, no desde una perspectiva filosófica o sociológica, sino desde una perspectiva descriptiva de la realidad. Con base en lo anterior, asumimos como propia la justificación de la clasificación propuesta por el profesor Bassols Coma, quien encuentra que la clasificación entre unos y otros tipos de derechos se explica en el tratamiento que de que son objeto por parte de las autoridades, bajo la consideración de que los derechos o libertades económicas gozan de un marco de protección menor al que se otorga a los derechos o libertades individuales; lo anterior ha llevado, con razón, a entender que el ámbito de intervención del Estado es el correspondiente a los derechos económicos⁶⁷; dicho en palabras de Bassols Coma, “materialmente los derechos fundamentales se presentan como auténticos derechos preestatales y como libertades negativas, mientras que los derechos económicos aparecen como de contenido positivo (capacidad de hacer) y, por tanto, en potencia susceptibles de limitación y conformación legislativa”⁶⁸, lo cual deberá ser considerado en los desarrollos posteriores de esta investigación.

1.5. Libertad de contratación y constitución.

Tradicionalmente se han asociado los derechos fundamentales con la burguesía, llegando incluso a atribuir un “carácter burgués” a los derechos fundamentales. Tal idea se ha sustentado sobre una pretendida coincidencia en el momento del surgimiento de los llamados derechos fundamentales y de la burguesía como componente de la sociedad

⁶⁶ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. Pág. 153.

⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. Pág. 99.

⁶⁸ BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 111.

estamental; no obstante el carácter burgués de los derechos fundamentales no se encuentra en la superficie de la coincidencia temporal ya referida, sino que debe ser vista en el fondo de sus implicaciones.

En efecto, tal como lo refiere el profesor Dieter Grimm la burguesía se componía de una capa de comerciantes que desarrollaban sus actividades mediante la interacción con extranjeros, banqueros, empresarios de manufacturas, profesionales liberales, etc., y en el desarrollo de tales relaciones encontraban la presencia del Estado como un obstáculo en la realización de sus finalidades, llegando a considerar que las posibilidades de acrecentar sus operaciones mercantiles radicaban en una concepción más económico-práctica de la noción de libertad que en una concepción teórico-filosófica. En tal orden de ideas era fácil entender que *“el rendimiento de la sociedad crece en su conjunto en un sistema de libre desarrollo del individuo”*.⁶⁹

El escenario propicio para el intercambio, era el mercado, al cual confluían los participantes en condición de igualdad y libertad, y bajo la garantía del Estado para el adecuado desarrollo de las operaciones de intercambio, más no bajo su intervención, pues de hacerlo se violarían las reglas objetivas y neutrales del mercado.⁷⁰ Éstas serían las razones que llevarían a impedir que el Estado se involucrara en las relaciones sociales y se limitara a garantizar la libertad - a través de los derechos fundamentales - como medio de desarrollo de las interacciones mercantiles, entre otras.⁷¹

Así las cosas serán la confluencia de las necesidades emancipatorias de la burguesía, la readaptación del concepto de libertad a la sociedad y la protección de la libertad mediante

⁶⁹ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 81.

⁷⁰ MATEUCCI, Nicola. Op. Cit. Pág. 260.

⁷¹ Lo anterior no debe dar lugar a que se entienda una supuesta carencia de control del Estado sobre la economía, pues lo cierto es que el control estatal sobre los desarrollos económico-productivos ha estado presente siempre, solo que ha sufrido variaciones necesarias, según las condiciones y necesidades correspondientes. Para mayor información Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. Pág. 100.

los derechos fundamentales, las que darán el carácter burgués a los derechos fundamentales.⁷²

Ahora bien, las relaciones que la burguesía establecía entre sí y con terceros, buscaban desarrollar, en esencia, operaciones de intercambio y de asociación, como formas fundamentales de la colaboración económica⁷³ y ellas solo eran posibles mediante el acuerdo contractual, el cual frente a la “neutralidad” que debía asumir el Estado, solo era posible mediante la libre expresión de la voluntad de los contratantes, esto es, mediante el ejercicio efectivo de la libertad de contratación y los elementos que la componen. Cambecéres, en uno de los múltiples discursos justificativos del *Code*, hacia el año 1794, diría: “*Le droit de contracter n’est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur*”.⁷⁴ Como se puede observar, en este escenario el contrato pasa a ser entendido como una herramienta de disposición de los bienes que las personas pueden usar a entera libertad, dando paso a una forma de redistribución de los bienes, conllevando, a su vez, a que la sociedad sufra una suerte de redistribución social cada vez que se celebraba un contrato.⁷⁵

La relación derechos fundamentales – libertad de contratación, supone entonces una relación entre la Constitución y la libertad de contratación, la cual según lo visto hasta aquí, es una relación que, a partir de la intervención del Estado en la economía, se comprende dentro de los contenidos de la denominada Constitución económica⁷⁶ y no de la constitución política; la razón que justifica lo anterior, no es otra que la de entender que el contrato es un fenómeno de naturaleza económica y no jurídica⁷⁷. Adicionalmente a lo anterior, es menester comprender que dicha relación se rige por los postulados económicos

⁷² GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 84.

⁷³ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit. Pág. 41.

⁷⁴ El derecho de contratar no es otra cosa que la facultad de elegir los medios para obtener la felicidad. Cfr. SORO RUSSELL, Olivier. Op. Cit. Pág. 42.

⁷⁵ HEVIA, Martín. Derecho Privado y Filosofía Política. Fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. Editorial Fontamara. México. 2011. Pág. 27

⁷⁶ Que no se encuentran comprendidos dentro de un aparte específico del texto constitucional como una especie de “isla de lo económico”, sino que se pueden encontrar a lo largo y ancho del texto constitucional, tal como se verá más adelante.

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. Cómo nace el derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia, 1989. Pág. 11.

del “Estado social”, entre los cuales habrá que hacer claridad que corresponde al modelo liberal de dicha forma estatal, la cual amplía las metas que en materia económica proponía el modelo socialdemócrata de Estado social.

En efecto, el modelo socialdemócrata propugnaba por un concepto de igualdad real, esto es, material y no formal; se recordará que bajo el esquema de libertad formal, era popular el dicho según el cual todas las personas tienen el mismo derecho a pasar las noches en una habitación del Ritz, o en bajo los puentes del río Sena. En el modelo socialdemócrata de Estado social, se procuraba una igualdad que permitiera no solo igualdad de derechos, sino además igualdad de oportunidades para ejercerlos, suprimiendo en la mayor medida de lo posible las desigualdades sociales y promoviendo en consecuencia, la educación como mecanismo para lo anterior. La base del modelo socialdemócrata, radicaba pues en la redistribución de la renta nacional⁷⁸, la cual se lograría a través de la intervención del Estado en la economía como mecanismo para evitar la acumulación de la riqueza y, a la vez, promover la libre competencia económica.

No obstante lo anterior, el modelo socialdemócrata se funda en la idea de “justicia social”, el cual podría parecer confuso en medio de las dinámicas liberales en entornos capitalistas, de economía de mercado,⁷⁹ en los cuales a manera de ejemplo, se diría, que un precio justo es el que determine el mercado mismo. Para superar lo anterior, el modelo liberal de Estado social, no solo conservó el ideal de igualdad real y de redistribución de la renta nacional, sino que además puso como punto central la solidaridad⁸⁰, con lo cual surge la obligación de la sociedad de ocuparse de quienes no estaban en condiciones de cuidar de sí mismos, huelga decir los ancianos, los desvalidos, y los enfermos⁸¹, lo que posteriormente habría de abarcar a los débiles económica o negocialmente, tal como se expondrá más adelante.

⁷⁸ SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 285.

⁷⁹ El concepto “economía de mercado” supone una economía basada en el mercado al que se confía el desenvolvimiento del proceso económico y productivo. Cfr. BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 140.

⁸⁰ La solidaridad como elemento característico del Estado social, será determinante para los fines de la presente investigación, tal como se puede observar en los numerales 3.2 y 3.3 de la segunda parte.

⁸¹ SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 286.

Así las cosas, parafraseando a la profesora Magdalena Correa⁸², podríamos decir que no puede definirse el concepto de Estado social de Derecho, sin la consideración expresa de la libertad económica, de la libre competencia, del derecho a la propiedad, de la protección a los trabajadores y a las personas en condición de debilidad, a la seguridad social, la dignidad humana, el bienestar colectivo y la solidaridad.

1.5.1. Libertad de contratación, el origen.

Visto lo anterior, llama poderosamente la atención el hecho de que la libertad de contratación nunca haya tenido consideración expresa en el entramado de derechos fundamentales de carácter constitucional y huelga decir, tampoco ha tenido reconocimiento especial, habida consideración de al menos dos circunstancias específicas: i) Que los derechos civiles y políticos reconocidos desde las constituciones normativas del Estado moderno tenían como objetivo, entre otros, proteger la vida, la libertad, los medios de adquirir y poseer la propiedad, y la búsqueda de la felicidad⁸³; - sobra advertir que el contrato, y por ende la libertad de contratación se erigen como el medio principal para acceder a la propiedad, y para alcanzar la felicidad, tal como se verá más adelante-, y; ii) que la libertad de contratación, en particular, y la autonomía de la voluntad, de la cual emana, son anteriores a la incorporación de los derechos en los textos constitucionales.⁸⁴

Para comprender lo anterior, sea lo primero advertir que la libertad de contratación no corresponde a una libertad individualmente considerada, sino que corresponde a una de las libertades derivadas de un concepto igualmente ajeno a la órbita del derecho constitucional, y que para el efecto corresponde al concepto de “autonomía de la voluntad”. En efecto, el origen de este concepto, comúnmente utilizado, casi que de forma indiscriminada por los estudiosos del derecho, no se encuentra en los recónditos y a veces confusos rincones de los

⁸² CORREA HENAO, Magdalena. Libertad de empresa en el Estado social de Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2009 Pág. 134.

⁸³ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Op. Cit. 149.

⁸⁴ El profesor Olivier Soro Rusell encuentra manifestaciones de la “autonomía de la voluntad”, y consecuentemente de la libertad de contratación en el derecho medieval, amén de la influencia del derecho canónico de la época. Cfr. SORO RUSELL, Olivier. Op. Cit. Pág. 25.

estudios constitucionales, sino que se encuentran en la civilística temprana por influencia de los canonistas, quienes en su afán de explicar al hombre como un ser creado a imagen y semejanza del Dios, consideraron justo dotarlo de voluntad.⁸⁵

Ahora bien, se ha entendido regularmente que el concepto de autonomía de la voluntad, mantiene estrecha relación con el contrato, lo cual es una obviedad, más sin embargo cabría precisar que el concepto de autonomía de la voluntad se une al concepto de contrato mediante el concepto de “libertad de contratación”; en palabras del profesor español Luís Díez-Picazo, “[L]a autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante. Significa, además la libertad de elección del tipo contractual.”⁸⁶ En palabras del profesor Ballesteros Garrido, “[L]a libertad contractual es una manifestación, quizá la más característica, de la autonomía de la voluntad”⁸⁷, es “la expresión en el ámbito negocial del marco de libertad o autodeterminación que supone, más ampliamente, el principio de la autonomía de la voluntad”⁸⁸.

Amén de lo anterior, debe precisarse que libertad de contratación y autonomía de la voluntad no son términos sinónimos, sino que aquella forma parte de esta, pero no la agota. Así entendida la libertad de contratación, habrá que entender adicionalmente que ésta, junto con la libertad de dominio y la libertad de testar, conforman la llamada autonomía de la voluntad⁸⁹. De esa trilogía de libertades, merecen especial protección, a través de los

⁸⁵ LACASTA ZABALSA, José Ignacio. Voluntad, autonomía, lo público y lo privado: una perspectiva histórica (Pp. 1 – 23). En AA.VV. Autonomía privada y límites a su libre ejercicio. Colección: Crítica del derecho, Sección: Derecho vivo 50, Director: José Luís Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada 2016.

⁸⁶ Díez-PICAZO, Luís. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen primero. Introducción Teoría del Contrato. Sexta Edición. Ed. Thomson-Cívitas. 2007. Pág. 155.

⁸⁷ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1999. Pág. 19

⁸⁸ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Op. Cit. Pág. 20.

⁸⁹ SCHAPP, Jan. Derecho civil y filosofía del Derecho. La libertad en el derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 1998. Pág. 15. En el mismo sentido, HABERMAS, Jürgen, quien agrega la

derechos fundamentales, la libertad de dominio y la libertad de contratación⁹⁰, cuya particular protección se justifica en el hecho de asumir la relación contractual, como una relación con eficacia jurídica⁹¹ de la cual emergen derechos y obligaciones de los participantes,⁹² es decir, las partes del contrato.

De otro lado, cabe advertir que la doctrina se ha referido en ocasiones a los conceptos de libertad de contratación, libertad contractual, y libertad de contratar, comprendiéndolos como términos sinónimos, integrantes de la autonomía de la voluntad.⁹³

Así las cosas y con el fin de uniformar, en la medida de lo posible, los términos empleados en la presente investigación, y a la vez, comprender de mejor manera la exposición de los diferentes autores que se estudiarán a lo largo de la misma, es menester precisar el concepto de libertad de contratación que se empleará a lo largo del presente trabajo; para efectos de lo anterior, habrá que precisar que el contrato se entiende como un acto desarrollado por seres racionales e iguales que están en libertad de determinar el mecanismo con el cual procurarán la satisfacción de sus necesidades; así podrán determinar si contratar o no; con quien lo harán; bajo que términos⁹⁴; etc. En ese orden de ideas, la libertad de contratación es una forma conceptual carente de contenido sustancial, limitada a prescindir de la injerencia de terceros en las posibilidades de autorregulación del individuo, pues es a este únicamente a quien compete la regulación de sus relaciones privadas. Éste es el fundamento filosófico de la libertad de contratación⁹⁵, ésta es la esencia de la libertad de contratación.

libertad de comercio. Citado por ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, tomo I. 8ª edición. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá Colombia, 1997. Pág. 39

⁹⁰ SCHAPP, Jan. Op. Cit. Pág. 13.

⁹¹ GONZALES, José E., TINTI, Guillermo P. CALDERÓN, Maximiliano R. y RIBA, Marina A. Teoría general de los contratos. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina 2004. Pág. 57.

⁹² SCHAPP, Jan. Op. Cit. Pág. 19.

⁹³ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. La libertad contractual y sus límites. En AA.VV. Tratado de contratos, tomo I. Director: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 129.

⁹⁴ El profesor Schapp determina de esta manera la libertad en sentido ético como la libre elección en instituciones de índole ético cultural.

⁹⁵ GIRALDO BUSTAMANTE Carlos Julio. El contrato y la justicia: Una relación permanente y compleja. Universidad Externado de Colombia. 2014 Bogotá – Colombia. Pág. 47.

Con los planteamientos anteriores, puede comprenderse que la libertad de contratación conlleva, entre otras, a:

a.- Que ninguna de las partes pueda imponer a la otra el contenido del acuerdo contractual⁹⁶, pues las obligaciones emanadas del acuerdo contractual, son producto del acuerdo de voluntades, surgido a partir del libre debate entre las mismas⁹⁷.

b.- El contenido del contrato debe ser establecido por los contratantes de manera voluntaria, mediante la libre autodeterminación de cada una de las reglas contractuales.⁹⁸

c.- Igualmente el concepto de libertad de contratación se hace extensivo a la posibilidad de las partes de derogar las normas dispositivas o supletorias establecidas por la ley para ciertos tipos de contratos típicos, para sustituirlas por las normas contractuales surgidas de la voluntad de las partes.⁹⁹

d.- Permite a las partes celebrar acuerdos no contemplados por la ley, ni previstos por la misma, dando paso así al surgimiento, desarrollo y reconocimiento de los denominados contratos atípicos.¹⁰⁰

e.- Permite el reconocimiento de la llamada “libertad para contratar”, que en su aspecto positivo permite establecer que una persona pueda contratar cuando así lo desee, y en su aspecto negativo, permite a las personas abstenerse de contratar cuando no tengan intención de hacerlo.¹⁰¹ Así las cosas, no deben confundirse los conceptos de libertad de contratación, con los de libertad para contratar y libertad contractual.

⁹⁶ Cobra especial importancia en este punto, el concepto de “libertad moral”, según el cual el cada uno debe actuar de tal manera que la máxima de su acción al mismo tiempo sea ley universal. (Imperativo categórico Kantiano) Cfr. SHAPP, Jan. Op. Cit. Pág. 34.

⁹⁷ MESSINEO, Francisco. Doctrina General del Contrato. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina, 1952. Pág. 16.

⁹⁸ MESSINEO, Francisco. Op. Cit. Pág. 16. En el mismo sentido AARUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 1997, pág. 41. GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1992. Pág. 67.

⁹⁹ MESSINEO, Francisco. Op. Cit. Pág. 17.

¹⁰⁰ GALGANO, Francesco. Op. Cit. Pág. 67. Respecto a los contratos atípicos refiere el profesor De Los Mozos, que no es “exacto que las leyes especiales sean las que verdaderamente regulan las relaciones socio-económicas, pues, actualmente, como ha dicho J. Carbonnier, los verdaderos contratos especiales surgen de la autonomía privada y, para darse cuenta de ello no hay más que tener presentes una serie de figuras nuevas que han surgido a espaldas del legislador...” DE LOS MOZOS, José Luis. La teoría general del Negocio Jurídico. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, 1986. Pág. 804.

¹⁰¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 1997. Pág. 41. En el mismo sentido GALGANO, Francesco. Op. Cit. Pág. 66.

Para entender mejor lo anterior, deberá tenerse presente que tanto la autonomía de la voluntad, como la libertad de contratación, corresponden a derechos o libertades económicas y que la libertad de contratación, a su turno, comprende otras formas que puede adoptar la libertad en relación con el contrato. Así, se entenderá que a partir de la libertad de contratación surgen: i) la libertad de contratar, y; ii) la libertad contractual¹⁰², las cuales se definen, según el profesor Carlos Alberto Soto¹⁰³, como la libertad de las personas para relacionarse contractualmente, por lo cual también la llama consensualismo o libertad de conclusión, a la primera, la cual a su turno comprende la libertad para contratar o no¹⁰⁴, y la libertad de elección del otro contratante; y la segunda como la libertad de configuración interna o de autorregulación, esto es, la facultad de determinar el contenido contractual, es decir la configuración y la normatividad de la relación contractual que se está creando¹⁰⁵, de la cual surgen la libertad para elegir el tipo de contrato, y la libertad para elegir o determinar el contenido del contrato^{106 107}.

¹⁰² SANTOS BRIZ, Jaime. La contratación privada. Editorial Montecorvo. Madrid. 1966. Pág. 57.

¹⁰³ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuerto. En AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. (pp. 369 – 438) Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

¹⁰⁴ La libertad para contratar es explicada en una brillante expresión del profesor Jorge Mosset Iturraspe, quien dice: “El hombre es libre para contratar o no, para encadenarse o no hacerlo; incluso es libre para elegir con quien ha de contratar, pero si contrata deja de ser libre, es el “hombre encadenado”. Existe libertad para entrar en la convención pero no para salir de ella. Es la libertad de contratar, primer aspecto de la autonomía de la voluntad”. En SOTO COAGUILA, Carlos A. MOSSET ITURRASPE, Jorge. El contrato en una economía de mercado. 2ª. Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional No. 5. Bogotá D.C. 2009. Pág. 32.

¹⁰⁵ El mismo profesor Mosset Iturraspe la define diciendo: “Una vez que el hombre se ha decidido a contratar y ha elegido con quien hacerlo, es igualmente libre para estipular las cláusulas que más convengan a sus intereses, a la satisfacción de sus necesidades, pudiendo dictarlas con plena soberanía, sin someterse a ninguna autoridad superior o coacción. Esa es la libertad contractual que integra el concepto de autonomía de la voluntad”. En SOTO COAGUILA, Carlos A. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. Pág. 33.

¹⁰⁶ Ver. Fig. No. 1

¹⁰⁷ Otros autores, desde una perspectiva del derecho de los contratos, incluyen entre las libertades que surgen de la libertad de contratación, la correspondiente a la libertad de negociación, la cual correspondería a los desarrollos propios de las etapas pre-contractuales, en las cuales se realizan intercambios de información, comparación de diferentes alternativas, “regateos”, etc. y advierten que sin libertad de negociación, sería imposible referir a la libertad de contratación. Cfr. RENGIFO GARDEAZABAL, Mauricio. Vicios del consentimiento. El ejercicio de la libertad en contextos desfavorables. En AA.VV. Filosofía del Derecho Privado. PAPAYANNIS, Diego M., PEREIRA FREDES, Esteban (Eds). Marcial Pons. Madrid, 2018. Pág. 123.

El siguiente gráfico muestra la forma como hemos de comprender los conceptos de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, para los efectos perseguidos en la presente investigación.

Siguiendo lo establecido por el profesor Ataz López¹⁰⁸, hemos de destacar que la compartimentación de la autonomía de la voluntad, y dentro de ella, de la libertad de contratación, permitirá entender que las libertades que la integran son objeto de diferentes tipos de limitaciones, que consecuentemente operan de distinta manera, por lo que se hará imperioso tener presente la siguiente clasificación.

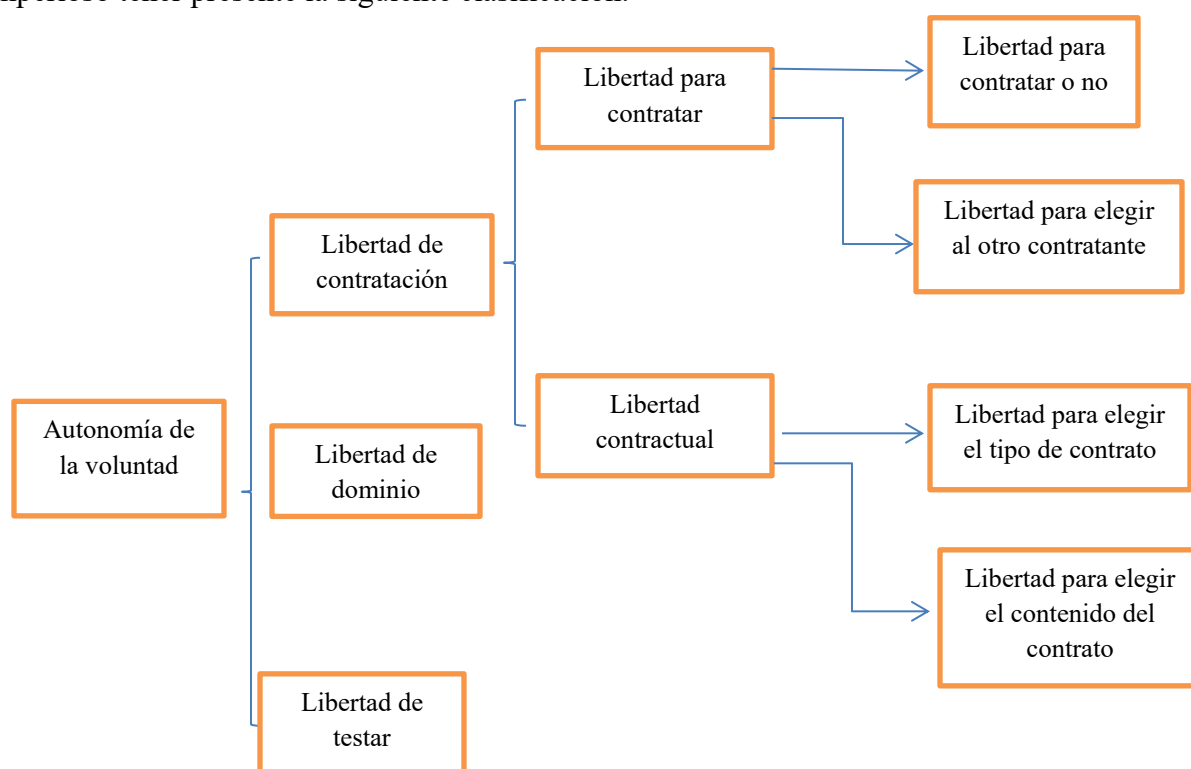


Figura 1. Composición de la autonomía de la voluntad.

1.5.2. Alcance constitucional de la libertad de contratación.

¹⁰⁸ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 140.

Como ya se advirtió líneas arriba, ni la autonomía de la voluntad, en general, ni la libertad de contratación, en particular, han sido objeto de relevancia constitucional, razón de más para comprender que ninguna de ellas ha sido incorporada, de manera expresa, esto es positiva, en los textos constitucionales español o colombiano. A partir de esa carencia de incorporación en los textos constitucionales, han surgido diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que buscan solventar tal situación, y proceden, en consecuencia, a vincular la autonomía de la voluntad o la libertad de contratación a determinados derechos fundamentales o al sistema de valores constitucionales.

En tal ejercicio han participado importantes doctrinantes estudiosos tanto del derecho privado como del derecho constitucional, y han pretendido básicamente, incorporar la libertad de contratación como parte fundamental del libre desarrollo de la personalidad o de la libertad de empresa, ofreciendo variadas argumentaciones y justificaciones para el efecto.

1.5.2.1. Libertad de contratación y libre desarrollo de la personalidad.

El profesor Jan Schapp, ha referido que en el contexto constitucional alemán, la libertad contractual se halla protegida por el contenido de los artículos 2º aparte 1º, referente al libre desarrollo de la personalidad; artículo 12º aparte 1º, referente a la libertad de elección de profesión, y; 14º aparte 1º, referente a los derechos a la propiedad y a la herencia.¹⁰⁹

El profesor español Soro Rusell, advierte, bajo la consideración de que la autonomía de la voluntad, es ante todo, libertad, que ésta se encuentra cobijada por lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Constitución española y en los artículo 1º y 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; amén de lo anterior, considera que la garantía de la “autonomía individual”, se halla comprendida en lo dispuesto por los artículos 9.2, referente al deber que le asiste al Estado para promover la igualdad y libertad

¹⁰⁹ SCHAPP, Jan. Op Cit. Pág. 80.

real y efectiva, y garantizar la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social, y 10.1 del texto constitucional español¹¹⁰, referente al libre desarrollo de la personalidad.

El profesor colombiano Arango Rivadeneira, refiere que la carencia de disposiciones constitucionales que regulan determinadas formas de libertad económica, podría resolverse al conferir valor residual al concepto de “libertad contractual”, previa advertencia de que ésta solo cobra aplicación “cuando no exista una concreción de la misma en otras normas constitucionales, por ejemplo en la libertad de disposición de la propiedad privada o en la libertad de profesión u oficio”¹¹¹; igualmente, advierte, el vacío constitucional denunciado podría resolverse mediante la cláusula residual del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.)¹¹², situación en la que coincide con lo dicho por el profesor Shapp para el contexto alemán, tal como se ha expuesto líneas arriba.

Con el respeto debido, consideramos errónea la vinculación de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, como expresión de aquella, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues ya hemos visto como éste se refiere a uno de los llamados derechos de autonomía, ajeno por entero a los que hemos denominado “derechos o libertades económicos”, que comprenderían entre otros a los primeramente mencionados.

Para mejor comprensión de lo anterior, podemos servirnos del estudio de la “autonomía personal” desarrollado por el profesor Francisco Laporta¹¹³, quien refiere que tal autonomía encuentra su representación más relevante en los planes o proyectos de vida que se desarrollan a partir de las posibilidades del individuo de proyectar su futuro, de trazar un plan provisto de propósitos y causas de lo que quiere hacer de sí mismo. Es lo que llama un sentido “disposicional” de la autonomía, el cual se centra en cómo la persona controla su

¹¹⁰ SORO RUSELL, Olivier. Op. Cit. Pág. 63.

¹¹¹ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho No. 33. Bogotá, Colombia. 2004. Pág. 167.

¹¹² ARANGO RIVADENEIRA, Op. Cit. Pág. 165.

¹¹³ LAPORTA, Francisco J. El imperio de la ley. Una visión actual. Editorial Trotta. Madrid, 2007, pág. 31.

vida y sus proyectos, entendiendo que tales proyectos dan significado a la vida humana y por ende se prolongan en el tiempo, de tal manera que definen la personalidad de los sujetos, y que contribuyen, por ejemplo, a materializar planes de vida que incluyan crear una familia estable, realizar una determinada vocación profesional, ocupar su tiempo de ocio en el desarrollo de determinadas actividades de placer, etc. Ese concepto de autonomía es gradual, pues conlleva una serie de situaciones o circunstancias que permiten que los proyectos o planes trazados por el sujeto, puedan ser realizables o no, con lo cual puede suceder que al no cumplirse los planes propuestos, la persona se sienta parcialmente anulada, sin que por ello deje de ser autónoma.

En los planteamientos arriba expuestos, encontramos las características definitorias de lo que se ha denominado el “libre desarrollo de la personalidad”, que como puede verse contienen un carácter más espiritual, interno, subjetivo, diferente por ende, del carácter económico y por ello, material, que corresponde a la autonomía de la voluntad, y dentro de ella a la libertad de contratación.

La Corte Constitucional colombiana, refiriéndose al núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en sentencia C-336 de 2008, ha dicho:

“Con en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, se busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.”¹¹⁴
Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un

¹¹⁴ Sentencia T-542/92, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social”.*¹¹⁵

En el entorno jurídico español, la situación se presenta un tanto distinta, aun cuando conduce a la misma conclusión. En efecto, a diferencia de lo sucedido en el contexto colombiano, en el contexto español, si bien es cierto que el libre desarrollo de la personalidad goza de especial protección constitucional no hace parte de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, pues se encuentra consagrado en el artículo 10.1, esto es, fuera del Capítulo II, sección 1ª referente a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cual conduce a entender, además, que el libre desarrollo de la personalidad escapa a la posibilidad de protección por medio del recurso de amparo, reservado para la defensa de los derechos fundamentales expresamente reconocidos por el texto constitucional.

No obstante lo anterior, el Tribunal constitucional español ha referido en sentencia 64/1986 que si bien el libre desarrollo de la personalidad no se erige como derecho fundamental, si asume el rol de criterio de interpretación a tener en cuenta frente a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente.

En sentencia 53/1985, el TCE ha esclarecido la conexión existente entre la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, determinando que “la dignidad humana es un valor espiritual y moral inherente a la persona y que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. La autodeterminación a que hace referencia el TCE, significa la autonomía de la persona para componer su identidad y personalidad, y esbozar su propio proyecto de vida.¹¹⁶

¹¹⁵ Sentencia C-507 de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹⁶ RYSZARD KOSMIDER, Mariusz. El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español. Revista de Derecho UNED, número 23. 2018. Pág. 698.

Visto lo anterior, se puede observar como “el libre desarrollo de la personalidad” en el contexto constitucional español, coincide en la concepción del mismo en el contexto constitucional colombiano, en cuanto se refiere a la posibilidad de autodeterminación en las esferas interna y externa del individuo, esto es, en las esferas morales y espirituales, o en la elección de un modelo de vida que le permita desarrollar sus intereses particulares, y alcanzar sus inclinaciones y deseos, con la perspectiva de respeto de los derechos ajenos. Así las cosas, es claro que el libre desarrollo de la personalidad carece del contenido económico esencial y característico de las libertades que integran la autonomía de la voluntad.

1.5.2.2. Libertad de contratación y libertad de empresa.

Como se ha establecido líneas arriba, la libertad de contratación carece de reconocimiento constitucional positivo o de consagración constitucional expresa, y hemos determinado como equívoca la vinculación que se ha pretendido hacer de la misma con el libre desarrollo de la personalidad, más no por ello es válido afirmar que la libertad de contratación carece de regulación constitucional.

La afirmación anterior, puede entenderse con mayor claridad si se considera que el Estado no ha abandonado la actividad económica a las pretensiones de autorregulación, que, a propósito, es bien sabido que el mercado no puede lograr, requiriéndose en consecuencia la intervención del Estado en función de regulación de los mercados. En consideración de lo anterior, se debe entender que la función regulatoria del Estado difiere de la antigua función de intervención, pues el Estado no participa ya como protagonista de la actividad económica, sino como árbitro con funciones de evitar el desbordamiento de los participantes del juego económico.¹¹⁷

¹¹⁷ CHEVALLIER, Jacques. El Estado posmoderno. Traducción de Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011. Pág. 108.

Así las cosas, si bien es cierto que el Estado ha permitido la autonomía de lo económico y el libre desarrollo de los operadores del mercado mediante el reconocimiento de libertades básicas para el adecuado ejercicio de las actividades económicas mediante la protección de instituciones tales como la propiedad privada, la libre iniciativa económica, la libertad de contratación, etc., también es cierto que ha entendido que esas libertades deben ser adecuadamente reguladas frente al riesgo de desborde de las mismas y las consecuencias que ello conlleva.¹¹⁸ Ejemplos claros de lo anterior pueden observarse en el artículo 33.2¹¹⁹ o en la generalidad del Capítulo tercero del Título I de la Constitución española¹²⁰, o en el Capítulo II del título II de la de la Constitución colombiana.¹²¹

En tal orden de ideas, debe comprenderse que la autonomía de la voluntad, entendida como la posibilidad de creación y autorregulación de actos jurídicos, es la base del ejercicio de las potestades y facultades permitidas a los particulares en el ámbito de lo económico; así, la libertad de contratación, como parte de la autonomía de la voluntad, se convierte en la base sobre la cual se erige el concepto de la libertad de empresa, que a su vez delimita los entornos en los cuáles el empresario puede participar en el mercado.

Al respecto bien vale tener presente la situación acaecida al respecto en el contexto jurídico galo, del cual comenta el profesor de la Universidad Paris I (Pantheon – Sorbonne) Laurente Aynès, que ningún texto supralegal en Francia concede valor constitucional a la libertad de contratación o principio de libertad contractual en razón de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, en caso de conflicto entre los mismos.¹²² De la misma manera refiere el profesor francés, que si bien la libertad de contratación no es en sí misma un principio constitucional, si es protegida recurrentemente a través de la invocación

¹¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. Pág. 102.

¹¹⁹ Referente a la función social de los derechos de propiedad privada y herencia.

¹²⁰ Referente a la “los principios rectores de la política social y económica”.

¹²¹ Referente a los derechos sociales, económicos y culturales.

¹²² AYNÈS, Laurent. La constitucionalización del derecho de contratos. En AA.VV. Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la *Association André Bello des juristes franco-latino-américains*. Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007. Pág. 419.

de principios de rango constitucional tal como lo son el de la libertad de empresa¹²³, y el de seguridad jurídica, conllevando a que paulatinamente la seguridad jurídica se esté convirtiendo en un valor de rango constitucional.¹²⁴

En el contexto español, resulta interesante lo expuesto por el muy ilustre profesor Luís Díez-Picazo, quien advierte que el artículo 38 de la Constitución española reconoce en el marco de la economía de mercado, la libertad de empresa, que comprende no solo la libertad para crear empresa, sino además la libertad para dirigir y administrar las mismas, y por supuesto la libertad para adoptar las decisiones empresariales correspondientes.

En tal orden de ideas, acepta que la libertad de empresa va de la mano con el reconocimiento de la iniciativa privada, que comprende a su turno, una serie de libertades de carácter económico que garantizan la dignidad de la persona humana, bajo el entendido de que las personas solo serán realmente libres, si pueden actuar libremente en el campo económico. En virtud de lo anterior, reconoce como libertades asociadas a la libre iniciativa económica, la libertad de mercado, la libertad de empresa, la libre concurrencia económica y la libertad de contratación. Concluyentemente advierte el profesor Díez-Picazo que “aún

¹²³ En igual sentido SEUBE, Jean-Baptiste, The influence of Constitutional Law on French Contract Law: The development of the Control of Proportionality in Case of an Infringement of a Fundamental Right by Contract. En. AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017. Págs. 65. No obstante lo anterior, el mismo autor refiere que si bien la relación de la constitución con el derecho contractual es mínima y consecuentemente de escasa influencia, pues no resuelve cuestiones contractuales directamente, si merece destacarse que a juicio del autor se ha influido el razonamiento judicial al invitar al juez a realizar controles de proporcionalidad cuando quiera que se presenten afectaciones a derechos fundamentales derivados de relaciones contractuales. A manera de ejemplo el autor refiere el caso que surgiría con ocasión de un contrato de arrendamiento de vivienda urbana, en el cual el propietario – arrendador, pretende ejecutar algunas obras sobre su propiedad, invadiendo la privacidad del arrendatario, con lo cual surgiría un conflicto entre los derechos fundamentales del propietario con los del arrendatario, conflicto que debería resolverse mediante ejercicios de proporcionalidad.

¹²⁴ En el ámbito legal belga ocurre situación semejante, tal como lo deja ver Annekatrien Lenaerts, quien refiere que el derecho a la autonomía privada y con él el derecho a la conclusión o ejecución de un contrato, podría ser “deducido” como una parte del derecho fundamental a la libertad de la persona, o al respeto a la vida privada, e incluso como parte del derecho de propiedad, más no como derecho fundamental en sí mismo considerado, aunque si claramente como un principio general del derecho. ANNEKATRIEN, Lenaerts. The role of the general principle of the prohibition of abuse of rights in the enforcement of human rights in contract law: A belgian law perspective. En. AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017. Pág. 87.

cuando la libertad de contratación no aparece mencionada dentro de la Constitución, hay que entender que es consecuencia necesaria de ella.”¹²⁵

Y es que ha de entenderse que la junto con la libertad de inversión y la libertad de organización, la libertad de contratación, forma parte de los denominados atributos de la libertad de empresa, que representan la decisión- acción sobre qué se produce, cómo se produce y para quien se produce, pero además la libertad de contratación amplía su marco de acción cuando comprende también la posibilidad del empresario de determinar quién es su proveedor y cuáles son las condiciones de sus operaciones tanto de compra, como de venta, distribución, etc.¹²⁶

Al respecto, la Corte constitucional colombiana, ha admitido de manera concluyente que la autonomía de la voluntad goza de *sustento* constitucional, el cual reposa en diferentes derechos constitucionales, entre los cuales destaca el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad privada, el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, derechos todos estos que a juicio del juez constitucional colombiano permiten a los asociados crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas entre ellos,¹²⁷ y específicamente en cuanto refiere a la vinculación existente entre la libertad de contratación y la libertad de empresa, ha referido:

“Si la libertad de empresa ampara el proceso legítimo de toma de decisiones relevantes que comprenden la fase de ingreso a una determinada actividad económica, su posterior desarrollo y su terminación, no es posible que la libertad de contratación escape a la misma, ya que sin ella la iniciativa privada no tendría posibilidad alguna de expresarse jurídicamente y fundar sobre esta base su

¹²⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 56

¹²⁶ CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. 473.

¹²⁷ Sentencia T-468 de 2003.

autonomía en todos los momentos y actos en los que se refleja estructural y dinámicamente la vida de la empresa.”¹²⁸

Ahora bien, al decir que la autonomía de la voluntad y con ella, la libertad de contratación, no son ajenas a la regulación constitucional, no solo debe entenderse que gozan de protección constitucional, sino también que se encuentran sometidas a límites impuestos por los fines perseguidos constitucionalmente. La Corte constitucional colombiana lo ha afirmado claramente en la sentencia SU-157 de 1999, cuando al respecto ha manifestado:

“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación¹²⁹ lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1º y 95-1)”.

Con lo anterior, no solo queda afianzada la relación que surge entre las instituciones propias del iusprivatismo y la Constitución, sino que adicionalmente recuerda que en virtud de tal relación todas las instituciones del ordenamiento jurídico, así carezcan de reconocimiento expreso en los textos constitucionales, deben ser observadas, interpretadas y aplicadas bajo el prisma del texto constitucional.

No obstante lo anterior y como bien lo advierte la profesora Magdalena Correa, “[N]o puede entenderse [...], que la libertad contractual en tanto expresión de la autonomía

¹²⁸ Sentencia C-535 de 1997.

¹²⁹ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-240 de 1993, T-338 de 1993, C-265 de 1994, C-367 de 1995, C-233 de 1997

privada en el desarrollo de la libertad económica sea considerada en todo caso como ejercicio directo del derecho fundamental y por ende como parte de él”.¹³⁰

En efecto, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-240 de 1993, después de hacer un interesante análisis del papel que juega la libertad contractual en el desarrollo de los derechos a la actividad económica y a la iniciativa privada, y después de reconocer la autonomía que le asiste a cada individuo para celebrar o no sus acuerdos contractuales, o para configurar los mismos, etc., acepta que si bien es cierto que *“la contratación es una manifestación de la libertad contractual y el ordenamiento le brinda reconocimiento, dentro de ciertos límites, hasta el punto de imponer judicialmente su cumplimiento, no por ello los derechos derivados de la matriz del contrato - que no de la Constitución - adquieren rango constitucional.”*

¹³⁰ CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. Pág. 485.

CAPÍTULO II.

LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

Visto atrás cómo la autonomía de la voluntad, y la libertad de contratación como expresión de aquella, se erigen como libertades económicas que sin contar con incorporación expresa en el ramillete de derechos reconocidos por los textos constitucionales, son sin embargo vinculadas a derechos de rango constitucional, es pertinente observar además, que se trata de libertades limitadas tanto por los textos legales como por las exigencias derivadas de los textos constitucionales de los Estados neoconstitucionales.

Inicialmente y con base en el origen de la institución, se observarán los límites en clave de iusprivatismo, tanto en el *code*, como en los regímenes de derecho privado colombiano y español; posteriormente se verá como esos límites han sufrido variaciones y re-significaciones amén del desarrollo del derecho y de los entornos sociales.

2.1. Necesidad de la limitación.

Bajo el entendimiento de la libertad de contratación como un derecho de carácter económico mediante el cual se procura la adecuada satisfacción de ciertas necesidades, tradicionalmente se pretendió impulsar la idea de que la intervención del Estado podría incidir negativamente en el ejercicio de tales libertades y daría lugar a políticas de carácter paternalista y proteccionista. Se consideraba, que la intervención estatal conducía al rompimiento del orden natural de las relaciones sociales y por ende, de los mercados¹³¹; *“sea lo que sea que hagan el Estado y su burocracia, habrá de ser algo equivocado y*

¹³¹ PRIETO SANCHIS, Luís. Estudios sobre derechos fundamentales. Editorial Debate. Madrid. 1990. Pág. 49

contrario a la libertad, y de que cualquier acto precedente de los individuos privados es un acto eficiente y sinónimo de libertad”¹³², se decía.

No obstante lo anterior, este tipo de pensamiento sería prontamente derrotado, frente a realidades derivadas de las dinámicas propias de las tratativas contractuales que conducen, bien a la producción de monopolios o bien a la implantación de políticas negociales contrarias a todos en general, pues el orden natural del individuo, y el contrato, fundado en la filosofía del individualismo, conlleva a voracidades que necesariamente han de ser controladas.

Es menester recordar que la autonomía de la voluntad y las libertades que la componen, jamás han representado una autonomía plena, pues siempre han estado presentes las tensiones entre los individuos y las sociedades de las cuales hacen parte, de modo tal que los límites en los comportamientos desarrollados en ejercicio de dicha autonomía, siempre han estado presentes, por lo cual hablar de total autonomía o libertad de contratación resulta utópico.¹³³

Para comprender de mejor manera lo anterior, sea lo primero recordar que las instituciones iusprivatistas, tales como la autonomía de la voluntad, el contrato y la libertad de contratación, entre otras, guardan estrecha relación con la moral Kantiana, y que en tal orden de ideas, la libertad de contratación, entendida como una libertad positiva, es decir, una libertad de elección o una libertad para actuar, requiere orientarse en valores¹³⁴; al mismo tiempo deberá tenerse presente que a la par con la libertad positiva, existe una libertad negativa, referida a un “*espacio libre de la intervención de otro*”¹³⁵, así las cosas, la libertad negativa coloca a dos personas de tal manera reunidas en una relación, que delimita las esferas de cada una de ellas mediante la erección de barreras.

¹³² K. Mannheim. Citado por PRIETO SANCHIS, Luís. Op. Cit. 1990. Pág. 50.

¹³³ SORO RUSSELL, Olivier. Op. Cit. Pág. 161.

¹³⁴ SCHAPP Jan. Op. Cit. Pág- 24.

¹³⁵ SCHAPP, Jan. Op. Cit. Pág. 26.

Al respecto refiere el profesor Schapp que *“La libertad positiva en este sentido puede calificarse de ética a causa de la posibilidad de elección concedida al individuo y de su orientación valorativa”*¹³⁶, a la vez que la libertad negativa pasa a ser calificada como “libertad jurídica”, entendiéndose que a través de ella se logra realizar una delimitación jurídica entre dos personas¹³⁷. Esa libertad ética, a su turno se erige como fundamento de la libertad jurídica bajo la idea de que un contratante puede ejercer la libertad de elección en las instituciones, con la reserva de las restricciones derivadas de las leyes de derecho público.

Ahora bien, la libertad de contratación puede tener tal amplitud, que necesariamente ha de ser sometida a ciertos límites determinados por los requerimientos sociales; dicho por el profesor español López y López¹³⁸, la libertad de contratación es un “agujero vacío” cuyo contorno está constituido por los límites que la identifican. La siguiente cita muestra lo anterior con gran claridad:

*“Algunos jurisconsultos han llevado el delirio hasta creer que los particulares pueden hacer tratos entre ellos, como si vivieran en lo que ellos llaman estado de naturaleza, y consentir en cualquier contrato que pueda ser conveniente a sus intereses, como si no les constriñera ninguna ley. Tales contratos, dicen, no pueden estar protegidos por las leyes que ellos ofenden; pero como la buena fe, debe ser guardada entre las partes que se han obligado recíprocamente, habrá que obligar a la parte que rehúse ejecutar el pacto a que entregue un equivalente de lo que las leyes no permiten ejecutar en especie. Todas estas peligrosas doctrinas, basadas en sutilezas para evadir máximas fundamentales, deben desaparecer ante la santidad de las leyes.”*¹³⁹

¹³⁶ SCHAPP, Jan. Op. Cit. Pág. 25.

¹³⁷ SCHAPP, Jan. Op. Cit. Pág. 29.

¹³⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. Pág. 260.

¹³⁹ Portalis, citado por DE CASTRO, Federico. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. Estudios monográficos. En AAVV. Anuario de Derecho Civil, No. 4. 1982 Pág. 1019.

Con las anteriores palabras que por su importancia se han citado *in extenso*, Jean Etienne Marie Portalis, uno de los redactores del *Code*, bajo encargo de Napoleón, presentaba la justificación correspondiente a la fijación de límites a la autonomía de la voluntad, y aunque hacía principal alusión al orden público, muestran en general, la necesidad de establecer límites a la iniciativa privada, evitando el desempeño de los contratantes como si viviesen al margen de una sociedad organizada, es decir en estado de naturaleza.

Teniendo presente el fundamento anterior, forzoso es entender que no puede equipararse el concepto de libertad con el de mero arbitrio, y en tal orden de ideas, “*otorgar un carácter absoluto a la autonomía de la voluntad, significaría reconocer el imperio sin límite del arbitrio personal*”¹⁴⁰ por lo cual, la libertad en general, pero la libertad de contratación, en lo que interesa para nuestro trabajo, siempre requiere de límites establecidos de tal manera que la libertad otorgada al individuo no resulte desmesurada, pero que tampoco lleguen a suprimirla. Así se imponen límites determinados principalmente por el respeto por los intereses ajenos¹⁴¹. Afirma Rezzónico:

*“Empero, todo ello abriga el peligro del abuso de la libertad por lo que el orden jurídico procura otorgar cierta protección a quien puede verse afectado por una utilización desviada de sus fines. Existen pues, barreras a la libertad contractual y en esos límites quedan abarcados los negocios jurídicos celebrados contra una prohibición legal, las buenas costumbres, el abuso del derecho o el orden público”*¹⁴².

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El supuesto de la denominada “Autonomía de la voluntad” (Pp. 213 – 254). En AA.VV. Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Palestra Editores, Lima, Perú. Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia. 2000. Pág. 225.

¹⁴¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1971. Pág. 17.

¹⁴² REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2011. Pág. 208.

Bajo consideraciones semejantes a la anterior, la legislación civil francesa estableció en su artículo 6º, la regla según la cual “*On ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs...*”¹⁴³, norma que consagra el principio opuesto al contenido en el artículo 1134 de la misma codificación¹⁴⁴, y que al unísono de las más autorizadas voces de la doctrina, consagra el principio de la autonomía de la voluntad¹⁴⁵, pues claramente advierte que el ejercicio de la libertad de auto-regulación está sujeto a límites. Así las cosas, la codificación francesa ofrece limitaciones a la autonomía de la voluntad, y por ende a la libertad de contratación¹⁴⁶, determinados por la ley, o por el orden público y las buenas costumbres, y que a efectos de precisarse, han sido objeto de interesantes posturas doctrinarias.

El profesor Diego Espín Canovas, hace una interesante precisión según la cual el límite de la autonomía de la voluntad, a la luz del artículo 6º en mención, no radica expresamente en el orden público y las buenas costumbres, sino en cuanto los mismos han sido reconocidos por el legislador, es decir la prohibición es respecto de derogar por actos particulares las leyes que afectan tanto al orden público, como a las buenas costumbres.¹⁴⁷ Con base en lo anterior, los límites a la autonomía de la voluntad en realidad sería solo uno: *la ley que afecte* el orden público o las buenas costumbres.

La anterior interpretación, comenta el profesor Espín Canovas, fue ampliamente acogida por la doctrina que hacía una interpretación exegética de la norma, y bajo el pretexto de

¹⁴³ “No cabe derogar por convenciones particulares las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres”

¹⁴⁴ El artículo 1134 del *Code*, reza: “Las convenciones legalmente establecidas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho”.

¹⁴⁵ Siguiendo al profesor Leon Duguit, cabe precisar que el concepto de “autonomía de la voluntad”, es un concepto que a pesar de contemplarse en el Código de Napoleón, aparece de manera implícita más que expresamente. DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. De Carlos G. Posada. Francisco Beltrán, Librería española y extranjera. Madrid. 1920. Pág. 71.

¹⁴⁶ Al respecto deberá considerarse que la autonomía de la voluntad, y dentro de ella, la libertad de contratación, nunca han tenido un alcance absoluto, pues siempre se han sometido a determinados límites. LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*. Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá – Colombia. 1993. Pág. 87.

¹⁴⁷ ESPIN CANOVAS, Diego. *Los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1954 – 1955 de la Universidad de Murcia. Murcia, 1954. Pág. 12

evitar que las consideraciones morales se extendieran excesivamente, terminaba por anular las limitaciones que pudieran derivarse de las buenas costumbres y del orden público.¹⁴⁸ Posteriormente y con la finalidad de encontrar un sentido que permita la aplicación práctica de la norma, se sustituye la interpretación anterior por una más amplia, según la cual se prescinde de la exigencia de que los hechos constitutivos de buenas costumbres u orden público que limitan la voluntad privada, deban estar contenidos en la ley, y se pasa a entender que junto a las prohibiciones de la ley escrita, se deben considerar las buenas costumbres y el orden público¹⁴⁹. De esta manera se habrían ampliado los límites, pasando de ser uno¹⁵⁰ o dos - según lo comentado líneas arriba - a tres, a saber: La ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres.

En la legislación civil colombiana no existe norma alguna que de manera expresa, clara y contundente se refiera al concepto de la autonomía de la voluntad, así que la misma y las diferentes libertades que la componen, han de ser extraídas de diversas disposiciones, en idéntica manera en que debía hacerse en la legislación francesa. Interesa para nuestro estudio, el artículo 1602 de la normatividad civil, que a la letra reza: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Como puede observarse, la disposición transcrita recoge los planteamientos que inspiraron la teoría clásica de los contratos, y establecen las bases sobre las que se funda la libertad de contratación, como parte de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, siguiendo la línea trazada por la legislación gala, la legislación civil colombiana ha entendido que la libertad de contratación no es absoluta ni ilimitada, y en tal sentido ha establecido en su artículo 16 que *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas*

¹⁴⁸ Destacándose como defensores de esta postura interpretativa, Merlin entre los más antiguos, y Baudry-Lacantinerie, en una época intermedia. ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1954 Pág. 12.

¹⁴⁹ Planiol y Ripert, se erigen como los principales defensores de esta postura, la cual defienden en su famoso “Tratado elemental de Derecho Civil” que data de 1899.

¹⁵⁰ El profesor Díez-Picazo, considera que la interpretación del artículo 6º del *Code*, atada a la ley imperativa, reduciría las limitaciones a una sola. Cfr. en DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. Pág. 156.

costumbres.” Cómo se puede ver, la disposición transcrita, prácticamente repite la fórmula establecida en el artículo 6º de la legislación francesa, con la única diferencia que mientras aquella se refiere expresamente al orden público, la legislación colombiana simplemente se refiere al “orden”, sin más adjetivos, razón que conllevaría a que la doctrina de manera conteste, estableciera que dicha referencia corresponde en realidad al “orden público”.

No obstante pareciera haber una ligera diferencia histórica en el tratamiento de los límites a la autonomía de la voluntad y por ende, de la libertad de contratación, en cuanto la doctrina y la jurisprudencia colombiana se han manifestado al respecto precisando, a partir de lo establecido en la disposición en estudio, que los límites a la autonomía de la voluntad y consecuentemente a la libertad de contratación, son únicamente el orden público y las buenas costumbres¹⁵¹, dejando de lado así, la ley imperativa; es decir solo se identificaron dos límites, y no uno, o tres como eventualmente sucedió en la doctrina francesa del siglo XIX.

A la misma conclusión arriba la Corte constitucional colombiana, cuando advierte que en el enfoque racionalista de la autonomía de la voluntad, los límites a los que se sujeta la misma son únicamente el orden público y las buenas costumbres.¹⁵² Así las cosas, los conceptos de orden público y buenas costumbres como límites de la libertad de contratación, no obstante su alto nivel de indeterminación¹⁵³, son conceptos comunes en la legislación francesa y en la legislación colombiana, y en general, en todas las legislaciones herederas de la codificación gala, y comparten por consiguiente la misma conceptualización que se ha pretendido frente a las mismas por parte de la doctrina, que ya se han explicado suficientemente líneas arriba.

¹⁵¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Características esenciales del derecho civil moderno. Ediciones de la revista “Estudios de Derecho”. Imprenta Universidad – Medellín – 1943. Pág. 81. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 1997. Pág. 42. Entre otros.

¹⁵² Sentencia C-345 de 2017. Mg. Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

¹⁵³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 1997. Pág. 42.

En el contexto jurídico español, la libertad de contratación, se encuentra contenida en el artículo 1255 del ordenamiento civil. Tal como se ha expuesto atrás, la libertad de contratación forma parte de la autonomía de la voluntad¹⁵⁴, por lo cual es menester advertir que tal principio se encuentra consagrado en el artículo 1091 de la codificación civil¹⁵⁵, el cual reza: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”*

Ahora bien, como advertimos en la primera parte de este trabajo, la libertad de contratación comprende diferentes aspectos que se concretan en la libertad para contratar y la libertad contractual; la libertad para contratar comprende a su vez, la libertad para contratar o no, y la libertad para elegir al otro contratante, en tanto que la libertad contractual, por su parte, comprende la libertad para elegir el tipo de contrato y la libertad para elegir el contenido del contrato.¹⁵⁶

La compartimentación anterior, permite ahora comprender la discrepancia doctrinaria que en el contexto español surge frente a lo establecido por el artículo 1255 *ab initio*, así: De un lado el profesor Ataz López, considera que la libertad de contratación no estaría completamente contenida en dicha norma, sino solo de manera parcial, pues *“[N]o la fundamenta por completo porque en él solo podemos ver recogido uno de los dos aspectos que la componen: aquel en cuya virtud los contratantes pueden fijar libremente el contenido del contrato; el otro aspecto de la libertad contractual, en virtud del cual los particulares pueden decidir si contratar o no hacerlo, con quién y cuándo, no está expresamente recogido en el Código civil, pero ello no es porque carezca de fundamento legal, sino más bien por lo contrario.”*¹⁵⁷

¹⁵⁴ ATÁZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 129.

¹⁵⁵ CASTRILLO SANTOS, Juan, “Autonomía y Heteronomía de la voluntad en los contratos”, en Anuario de Derecho Civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1949. Pág. 569.

¹⁵⁶ Cfr. Figura No. 1 del presente trabajo.

¹⁵⁷ ATÁZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 132.

El profesor Luís Díez-Picazo, a su turno, refiere que este cardinal principio contenido en el art. 1255, *“debe entenderse referido tanto a la libertad de elección de los tipos contractuales como a la libertad de dotar a los tipos legalmente reconocidos de un contenido distinto al establecido por la ley”*¹⁵⁸, con lo cual se estaría refiriendo a los elementos que hemos comprendido como parte de la libertad contractual, pero excluye los correspondientes a la libertad para contratar. La postura anterior, es reiterada por el profesor Díez-Picazo, al hacer el comentario al artículo 1255 en el Código civil cuando manifiesta: *“El principio de la libertad contractual, que este precepto consagra, permite la modificación por la voluntad de las partes de la regulación legal establecida para un tipo de contrato, que debe entenderse, por tanto, como Derecho de carácter dispositivo. Permite asimismo, la creación de tipos contractuales nuevos o el establecimiento de contratos que sean atípicos, por falta de una regulación legal.”*¹⁵⁹

Ahora bien, en cuanto a límites refiere, el mismo artículo 1255, luego de contemplar la libertad de contratación, procede a establecer los límites a los que se encuentra sometida la misma, y en tal orden de ideas, claramente, esto es, sin lugar a interpretaciones contradictorias¹⁶⁰, establece que la libertad de contratación se determina por el respeto a la ley, a la moral, y al orden público. Tal norma debe ser vista en concordancia con lo dispuesto por los numerales 2º y 3º del artículo 6º de la normatividad civil.

La concordancia aquí expuesta, es planteada por el profesor Amorós Guardiola, cuando expone *“La autonomía de la voluntad tiene como límites las leyes, la moral y el orden público (1255). Los pactos contra ley o que impliquen renuncia de ley son nulos.”*¹⁶¹

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. Pág. 155.

¹⁵⁹ COMENTARIO DEL CODIGO CIVIL, Ministerio de Justicia. Tomo II. Dirigido por PAZ-ARES RODRIGUEZ, Cándido; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luís; BERCOVITZ, Rodrigo, y; CODERCH, Pablo Salvador. Madrid 1991. Pág. 430.

¹⁶⁰ Con lo cual se marca otro aspecto de distanciamiento respecto de la redacción del *Code* en este aspecto, y se evitan los conflictos interpretativos que se comentaron el capítulo I de esta investigación.

¹⁶¹ AMOROS GUARDIOLA, Manuel. Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, 1982 (Pág. 987 – 1085). Pág. 1134.

2.2. Limitación legal a la libertad de contratación.

Con base en lo anterior y sin entrar en la discusión de si tales límites son uno solo o tres, procedemos a “pasar revista” de manera rápida a los límites derivados de la legislación gala y de su recepción en las legislaciones colombiana y española a fin de desentrañar, en la medida de lo posible, el alcance de tales límites.

2.2.1 Ley imperativa.

En principio se podría afirmar que la ley imperativa como límite de la libertad de contratación no merece un análisis específico mayor, diferente del que se hace en términos generales en el estudio de la ley en los manuales de introducción al estudio del Derecho. Bajo la perspectiva anterior, solo podría decirse que la ley como límite de la libertad de contratación, comprende todos aquellos aspectos que expresamente el legislador ha querido retirar de las posibilidades contractuales de los particulares, entendiendo, pese a lo expuesto líneas arriba, que las prohibiciones realizadas por vía de ley, son aquellas que expresamente se han considerado como conductas inmorales o contrarias al orden público.

La ley imperativa puede entonces limitar el ejercicio de la libertad de contratación en diferentes formas, entre las cuales, al menos, podrían destacarse las siguientes:

- a.- Proscribiendo un determinado tipo contractual.
- b.- Prohibiendo determinadas cláusulas en el contenido de un determinado tipo contractual.
- c.- Estableciendo cláusulas imperativas que las partes no pueden obviar en determinados tipos contractuales.

Visto de esta manera, se entenderá que la consagración de la moral, o las buenas costumbres, o el orden público, como límites a la autonomía de la voluntad y todo lo que ella conlleva, presenta un carácter subsidiario, pues se aplica a aquellas situaciones que aun cuando no han sido prohibidas por la ley, si es cierto que encierran conductas ajenas al comportamiento correcto o moral y a las buenas costumbres¹⁶².

En el iusprivatismo español, el primer límite a la autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1255, corresponde según lo anterior a la ley, pero obsérvese que la norma en mención, no establece discriminación alguna, se refiere a que los acuerdos contraídos por los particulares, no pueden contrariar la ley, bien sea imperativa o dispositiva, y este es el primer punto que ha merecido los comentarios por parte de los doctrinantes en el contexto ibérico, a fin de esclarecer, cual es la forma de la ley que obra como límite.

El profesor Juan Ossorio Morales, en escrito de mediados del siglo XX, manifestaba que son bastante numerosas las leyes con carácter dispositivo, prohibitivo y restrictivas de la libertad contractual, que se contienen en el código, citando a manera de ejemplo que no se puede pactar el arrendamiento de servicios de por vida tal como lo dispone el artículo 1583, ni se puede contratar sobre la herencia futura, salvo las excepciones contenidas también en la ley, a la luz de lo establecido por el artículo 1271; tampoco se pueden constituir usufructos a favor de corporaciones por términos superiores a treinta años, tal como lo dispone el artículo 515, ni donar bienes futuros (art. 635), ni pactar la indivisión de la cosa común por término superior a diez años (artículo 400), entre muchos otros ejemplos de prohibiciones que pueden encontrarse a lo largo del ordenamiento civil.

Explica el profesor Ossorio Morales, que todo este despliegue prohibitivo, se ve complementado con normas, estas sí de carácter imperativo, mediante las cuales se establecen, no prohibiciones, sino obligaciones de pactar determinadas cláusulas o condiciones, o determinados contenidos contractuales en los acuerdos de voluntades, o la

¹⁶² ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 141.

inmodificabilidad de ciertas cláusulas, con lo que surgen los contratos “dictados” o “forzosos”, sin que ello signifique una desnaturalización del contrato en su concepción clásica. Evidentemente se reduce la esfera de la autonomía de la voluntad y consecuentemente de la libertad de contratación, pero se mantiene la esencia del acuerdo de voluntades como base de la formación del contrato. En palabras del profesor Ossorio “[P]or muchas que sean estas limitaciones negativas, la esencia del contrato queda a salvo”.¹⁶³

El profesor Díez-Picazo, a su turno, parece no coincidir con lo anterior, pues al hacer el comentario al artículo 1255 del Código civil, y con base en la concordancia de dicha norma con lo dispuesto por el artículo 6º del mismo ordenamiento, al respecto refiere que *“La ley aludida en el art. 1255 es la ley imperativa (cfr. Art. 6º 3), es decir, aquella que se antepone a los negocios jurídicos de los particulares y que estos no pueden por tanto evitar, pues, como ya hemos dicho, las leyes de carácter dispositivo, producen la consecuencia contraria. En el sistema del Código Civil no existe una regla general favorable a la dispositividad de las leyes, ni tampoco su contraria.”*¹⁶⁴ Postura que en obra posterior es ratificada cuando manifiesta: *“[E]xiste, en primer lugar, un límite de la autonomía contractual privada, que está constituido por las normas a las que el legislador dote de carácter imperativo”*¹⁶⁵.

De igual manera, el profesor Ataz López, refiere: *“Se suele entender además que la referencia a la ley hecha por este precepto va dirigida, en primer lugar, a las normas de Derecho imperativo.”*¹⁶⁶

¹⁶³ OSSORIO MORALES, Juan. Crisis en la dogmática del contrato. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil. Año 1952, número 4. Págs. 1175 a 1186. Pág. 1179

¹⁶⁴ DÍEZ- PICAZO, Luís. Op. Comentario del Código Civil, Tomo II Dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Candido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luís, BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CORDECH, Pablo. Ministerio de Justicia. 1991. Tomo II. Pág. 431

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 155.

¹⁶⁶ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 149.

En este punto surge una interesante cuestión, que no resulta pacífica, referente a qué debe entenderse por “norma imperativa”, pues tradicionalmente, en el contexto español, se ha dicho que es imperativa la norma que se sobrepone a la voluntad individual de tal manera que no puede ser derogada por la voluntad individual, lo que en concepto del referido profesor Díez-Picazo, resulta inexacto teniendo en cuenta que en realidad a los particulares no les está permitido derogar ni leyes imperativas ni tampoco leyes dispositivas¹⁶⁷. Con base en lo anterior, el profesor Díez-Picazo, refiere que el carácter de imperatividad deviene de la relación de la ley con la autonomía de la voluntad, con los cual “[E]n términos generales, puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su observancia la sanción de nulidad, aunque se trata siempre de un problema abierto.”¹⁶⁸

Un aspecto que puede marcar la diferencia entre leyes dispositivas e imperativas, puede extraerse de lo dicho por el profesor Ataz López, y se relaciona con el ámbito de protección derivado de cada una de las formas que puede adoptar la ley. Para el referido profesor, las leyes limitativas de la autonomía privada “podrán serlo bien por proteger un interés general o público, bien por proteger a algunos de los contratantes, identificados por la ley como merecedor de protección, bien por proteger el interés de terceros”¹⁶⁹, en tanto que las normas dispositivas, “regulan intereses puramente privados por lo que está en la esencia de estas normas el constituir una regulación posible y justa que el legislador propone pero no impone; o no impone de la misma forma que el Derecho imperativo”¹⁷⁰.

El profesor Federico De Castro en su momento refería:

“Los pandectistas, al recoger la vieja distinción entre las reglas jurídicas sobre materia privada y sobre materia pública, procuran sistematizarla y la combinan con

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, Luís. La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, Año 1956. Número 4. Págs. 1149 - 1182. Pág. 1162

¹⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 155.

¹⁶⁹ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 149.

¹⁷⁰ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 153.

la clasificación hecha en base de su eficacia imperativa, prohibitiva y permisiva: y así se relaciona con la autonomía de la voluntad. De este modo se separan dos tipos de normas, las imperativas, que se imponen automática y necesariamente, sin atender la voluntad de las partes, y las dispositivas, que dejan a disposición de los particulares cierto margen de libertad. (...) Esto, y los prejuicios del antiguo liberalismo hacen considerar excepcional el Derecho imperativo, inapto para la interpretación extensiva y la analogía; mientras que el Derecho dispositivo se entiende que recoge la regulación presumiblemente querida por las partes y que, por tanto, puede ser barrido 'in toto' por la voluntad de los contratantes. Este carácter de Derecho dispositivo tienen, se añade, la mayoría, casi todas las normas del Derecho de obligaciones.”

Frente a lo anterior, según el profesor De Castro, la doctrina alemana ha reaccionado advirtiéndolo que “las normas que regulan los contratos y cada tipo de contrato, no son dadas para el auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una “función ordenadora”, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente.”¹⁷¹

Visto lo anterior y aceptando la posición mayoritaria respecto de que la ley que obra como límite a la autonomía de la voluntad es la ley imperativa, ha de advertirse que la legislación civil toma como punto de partida la libertad de contratación, entendiendo por tal el hecho de que los individuos pueden libremente decidir si quieren contratar o no, con quien hacerlo, en qué tipo de contrato y con qué contenido contractual, esa es la regla general, pero se derivan límites legales que pueden catalogarse, en primer lugar como límites subjetivos y objetivos.

¹⁷¹ DE CASTRO, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Anuario de Derecho civil. Año 1961, Número 2. Págs 295 - 342. Pág. 333

Los límites subjetivos hacen relación con las personas que intervienen en el negocio pretendido, y en tal orden de ideas pueden tenerse como ejemplo de ellos, la prohibición de celebrar contratos entre pupilos y tutor (donación según el art. 221 y compraventa según el art. 1459). Los límites objetivos derivados de la ley, se relacionan con aspectos de contenido sustancial del contrato que las partes no pueden incorporar, o que por el contrario, están en la obligación de incorporar, sin posibilidad de renunciar a ellos.

2.2.2.- El orden público.

Intentar definir el concepto de “orden público”, conlleva emprender una aventura entre arenas movedizas, o incluso un “suplicio para la inteligencia”¹⁷², o simplemente entender que al abordar tal concepto, se está frente a uno de los enigmas del Derecho¹⁷³. No obstante estas simples descripciones no solo resultan insuficientes para entender el límite de la libertad de contratación contenido bajo tan indescifrable juego de palabras –lo cual es una obviedad-, sino que además ratifica la permanente confusión y por ende, la discusión doctrinaria que se ha generado alrededor del tema.

En efecto, deberá considerarse al respecto, que no existe una definición legal que permita dotar al término de una comprensión adecuada, de tal manera, que los alcances del concepto han debido delinearse, o al menos tratar de precisarse, por medio de la doctrina y la jurisprudencia. Bien lo advierte el profesor español De Bartolomé Cenzano, cuando refiere que el concepto de orden público es un concepto indeterminado pero determinable mediante labores interpretativas, considerando para el efecto además, que el ya de por sí serio problema de determinación de lo que puede ser el orden público, se ve contaminado

¹⁷² DE CASTRO, Federico. Op Cit. 1961. Pág. 1022.

¹⁷³ De esta manera fue calificado por la “Association Henry Capitant” en la reunión desarrollada en Quebec en el año de 1962, cuando dicha agremiación se reunió, sin éxito, precisamente con la finalidad de remediar esta situación de dudas y vacilaciones. Comentado por DE CASTRO, Federico. Op. Cit. 1961. Pág. 1015.

por la gran diseminación de criterios que han orientado las aproximaciones hermenéuticas a éste concepto.¹⁷⁴

Según el profesor Espín Canovas¹⁷⁵, la discusión doctrinaria circundante al tema, inicia por establecer dos tendencias claramente opuestas: de un lado, se tendría la “dirección positiva” o “positivista”, según la cual se privilegia la declaración legislativa, correspondiendo por tanto a la ley, decir que reglas de orden público deben verse traducidas en leyes, por lo que convendría referirse más bien a “leyes de orden público”, que al orden público a secas. En esta tendencia entonces, se hace imperioso entender que es una “ley de orden público”, la que la doctrina de la época entendería como ley imperativa o prohibitiva, y que consecuentemente está fuera del alcance de los particulares, considerando que persigue un interés general.

Esta tendencia positivista, fue prontamente derrotada, bajo, al menos, dos consideraciones centrales: en primer lugar se establece de hecho, una asociación entre ley imperativa y orden público, desconociendo la posibilidad de que existan, como en realidad existen, leyes imperativas de derecho privado, que en palabras de Capitant¹⁷⁶, pueden ser entendidas como leyes imperativas de derecho privado que son de orden público, o leyes imperativas de protección de intereses privados; allí descansa precisamente el segundo de los argumentos anunciados, y es que es perfectamente entendible que existan normas de “orden público” que protejan intereses eminentemente privados. El punto central de la discusión es, otra vez, terminológico, pues descansa en la comprensión de lo que son los “intereses generales”. Se ha dicho que el “interés general” hace relación con la organización del Estado o con la organización social; en tal orden de ideas todo aquello que escape a la organización estatal o social y mire al interés particular o privado, adoptaría la forma de ley de “interés privado”, para el efecto, ley imperativa de intereses privados, o ley de orden público que protege intereses privados.

¹⁷⁴ DE BARTOLOMÉ CENZANO, Juan Carlos. El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2002. Pág. 42.

¹⁷⁵ ESPÍN CANOVAS, Diego. Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil. 1963. Pág. 786.

¹⁷⁶ Citado por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 787.

En este punto y bajo los argumentos anteriores, surge una interesante discusión, que podemos tomar a manera de ejemplo, pues no agota la discusión planteada: Las normas que protegen a los incapaces, ¿son normas imperativas o prohibitivas de orden público, o de protección de intereses privados? Hay quien refiere que son normas de orden público que defienden intereses generales¹⁷⁷, considerando que a la sociedad le interesa proteger a estas personas en sus particulares condiciones, lo cual estaría plenamente justificado y consecuentemente sería acertado; pero al mismo tiempo hay quien afirma¹⁷⁸ que estas normas se dirigen a proteger los intereses privados de quien ha sido considerado incapaz, lo cual igualmente se ve como una justificación adecuada y correcta.

Sumando a lo anterior, surge una dificultad más y es la de poder determinar cuándo una norma es imperativa y consecuentemente inderogable o indisponible para los particulares. La situación se ve sencilla y no presenta dificultad alguna cuando es el mismo legislador el que advierte la inderogabilidad de la norma, pero ello no siempre ocurre, así que habrá que indagar la imperatividad e inderogabilidad de la misma a partir de cuestiones meta-normativas.

Esta cuestión, según lo expone el ya multicitado profesor Espín Canovas, se resuelve en la doctrina francesa con la asociación de la imperatividad e inderogabilidad, como una característica propia de las normas de derecho público, fórmula que viene siendo considerada desde la jurisprudencia romana. Si bien es un criterio que puede ser tenido en cuenta, no resuelve el problema de fondo, tal como se puede ver, pues se termina por asociar el concepto de orden público, con el de derecho público, con lo que finalmente se deja a la libertad de contratación, en particular, y a la autonomía de la voluntad, en general, sin límite alguno por encontrarse dentro del derecho privado.

¹⁷⁷ Pillet, según cita realizada por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op Cit. 1963. Pág. 788.

¹⁷⁸ Capitant, según cita realizada por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 788.

Visto lo anterior, y considerando que la tendencia positivista deja más dudas que respuestas, tal vez sea hora de revisar la tendencia extrapositivista¹⁷⁹, la que a diferencia de la anterior, ya no pone el acento en la actividad legislativa, sino en la actividad judicial, pues el principio limitador de la autonomía de la voluntad, y con ello de la libertad de contratación, se encontraría por fuera de todo texto legal. Bajo tal consideración, es el juez quien decide cuándo debe intervenir el principio del orden público, teniendo en cuenta la supremacía del interés general por sobre el interés particular.

El profesor Jorge Ortega Torres, en su tradicional edición del código civil colombiano, refiere como el término, siendo tan difícil de precisar, genera uniformidad en todos los doctrinantes al considerar que es el juez¹⁸⁰, quien debe, en cada caso, precisar si una determinada disposición es o no de orden público.¹⁸¹

El profesor colombiano Fernando Hinestroza¹⁸², por su parte y con apoyo en lo expresado por Bigliazi, Breccia y Busnelli, confirma que es en últimas el juez, quien debe determinar el alcance del concepto de orden público, del cual refiere que junto con las buenas costumbres son “cláusulas generales” destinadas a generar, en la medida de lo posible, la mejor adecuación de la normatividad jurídica a los requerimientos sustanciales, en la medida que van surgiendo, y con la finalidad de servir para ajustar el sistema jurídico a las necesidades de los tiempos, evitando dificultades que una aplicación de la ley, rígida en demasía y además mecánica, inevitablemente generaría.

¹⁷⁹ ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 790

¹⁸⁰ En el mismo sentido OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. En AA.VV. 100 Años del Código Civil de la Nación. Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia. Bogotá, Colombia. 1987. Pág. 85.

¹⁸¹ Nótese como ejemplo de lo afirmado, el siguiente extracto jurisprudencial emanado de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación proferida el 27 de Junio de 1940: “No es cosa siempre fácil distinguir dentro de la legislación civil las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, porque no existe antagonismo entre el interés general y el privado. Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según se dirija y destine directa e indirectamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término a la comunidad”.

¹⁸² HINESTROZA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 273.

Pero si el orden público obra como límite de las libertades derivadas de la autonomía de la voluntad, sin sujeción a la ley, ¿cómo puede emplearla el juez? La respuesta obviamente conduce a entender que el juez asume en este aspecto, el rol de un actor político indiscutible, tal como lo deja ver el ilustre jurista francés Julliot De La Morendière quien afirma:

“es el juez el que habrá de decidir sobre esta materia. Es imposible no reconocerle este poder. La base individualista de la doctrina clásica es, en efecto, muy estrecha. El Derecho es, ante todo, ciencia social; su fin no puede ser la exaltación del individuo, sino la paz social, es decir el equilibrio entre los individuos, el orden en el seno de la sociedad. En interés mismo de este equilibrio el Derecho reconoce un valor a la voluntad individual, a los contratos, por ejemplo...; fuera de los causes previstos en la ley es preciso reconocer al juez, situado frente a los hechos de cada clase, el poder de estimar si las necesidades sociales deben oponerse a lo que han querido los individuos; estas necesidades son variables y múltiples y es imposible precisarlas de modo neto y rígido. Sin duda se corre el peligro de la arbitrariedad, pero es inevitable.”

Y luego añade:

“El juez no es libre de aplicar o no a su antojo la noción de orden público; no debe tener una concepción personal, puramente subjetiva del orden público. En realidad nuestra jurisprudencia encuentra la base de sus decisiones en estas materias en los elementos objetivos, sea en los textos en vigor, sea en el espíritu que resulta del conjunto de la legislación, sea en las tendencias generales de la opinión y la observación de los hechos económicos y sociales”¹⁸³.

¹⁸³ ESPÍN CANOVAS Diego. Op. Cit. 1963, pág. 790. La misma cita puede encontrarse en DE BARTOLOMÉ CENZANO, Juan Carlos. Pág. 293

Las dos perspectivas de comprensión del concepto vistas hasta aquí, huelga decir positivista y extrapositivista, no agotan el tema, pues en este punto la doctrina francesa ha intentado diferentes y muy variadas definiciones o conceptualizaciones¹⁸⁴, que giran alrededor de diversos ejes, unas se refieren a la ley imperativa, otras a los elementos necesarios para la seguridad y existencia del Estado, otras a la seguridad y salubridad públicas, algunas más descansan en consideraciones de orden moral o religioso, etc., con lo que podemos entender que las propuestas interpretativas expuestas líneas arriba se erigen como las más elaboradas y dignas de consideración.¹⁸⁵ Como se puede ver entonces, la discusión sobre lo que es el orden público en la legislación francesa no termina con una definición concluyente, al contrario es vaga e imprecisa, por lo que ha sido objeto de variadas críticas.

La causa de la imprecisión del término, podría encontrarse en el origen del mismo, según coinciden diferentes posturas doctrinales. Así las cosas, en consideración del profesor De Bartolomé Cenzano, el concepto relativo al orden público sería acuñado con anterioridad a la codificación civil francesa, para efectos de referirse a un proceso asociado a la actividad policial y a la intervención de las autoridades en la esfera de libertad de los particulares¹⁸⁶; posteriormente, tal concepto se haría extensivo a otras áreas del derecho, con alcances y comprensiones diferentes según corresponda, razón por la cual Julliot de la Morandiere quien según el profesor Jorge Ortega Torres¹⁸⁷, es quien más a fondo ha estudiado este tema, advertía que existen diferencias en la noción de orden público desde el punto de vista de policía; desde el punto de vista del acto jurídico; desde el punto de vista del procedimiento y desde el punto de vista de la irretroactividad de la ley, lo cual da fe de lo altamente confuso que resulta ser el término.

¹⁸⁴ Comenta el profesor Federico De Castro, cómo Malaurie recogió veintiún definiciones diferentes, aparte de la suya. El profesor Espín Canovas, a su turno, reúne más de diez definiciones diferentes, todas alrededor de la noción contenida en la legislación francesa.

¹⁸⁵ Para una revisión más completa de la doctrina referente al tema, ver ESPIN CANOVAS, Diego. Op. Cit, 1954 y ESPIN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963.

¹⁸⁶ DE BARTOLMÉ CENZANO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 293

¹⁸⁷ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. (Con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias). Novena edición actualizada. Editorial Temis. Bogotá. 1973. Pág. 56.

A su turno el profesor Federico De Castro¹⁸⁸, refiriéndose a la forma cómo se incorporó la noción de orden público en el texto del *Code*, comenta que la propuesta inicial presentada por Portalis al Consejo de Estado, rezaba “*La infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación*”, formula que siendo más comprensible, fue sustituida por la redactada según propuesta formulada por el consejero Boulay, que dice “*No pueden derogarse por actos de los particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres*”, propuesta que luego de ser aprobada, pasaría a incorporarse en el artículo 6º del *Code*, con ligerísimas modificaciones, pese a las constantes críticas que recibía en el tema en cada ocasión que era debatido, por considerarse inútil, reiterativo del respeto a la ley y por considerarse peligroso bajo la idea de las discusiones que se suscitarían respecto de si una ley interesaba al orden público o no.

En opinión del jurista colombiano Carlos Julio Giraldo Bustamante, la noción de orden público, que tradicionalmente se presenta como una forma de límite a la libertad de contratación, sería en realidad un mecanismo de protección de las libertades, pues en consideración del reputado autor, habría que considerar que la figura inicialmente comprendía las cuestiones referentes a la organización del Estado, las formas de gobierno, cuestiones de interés para la familia, la libertad o el estado de las personas. Advierte el autor en cita que, “*se quería ante todo prevenir un retorno a las concepciones del antiguo régimen francés, a la división de clases, al sistema del feudalismo, a las desigualdades entre los herederos*”, etc., por lo cual habría de entenderse que las normas que configuran el “orden público” se presentaban en su inicio como un instrumento para preservar los derechos subjetivos del individuo.

Buscaba entonces, que las leyes imperativas constitutivas del orden público determinaran la forma como cada quien podía hacer uso de su libertad, sin afectar con ello, las libertades de los demás. Así el concepto de orden público, se constituiría en una verdadera salvaguarda

¹⁸⁸ DE CASTRO, Federico. Op. Cit. 1982. Pág. 1018.

de las voluntades libres.¹⁸⁹ Bien cabría recordar la expresión de Ferri¹⁹⁰ según la cual “[D]onde hay en juego intereses superiores no hay lugar para la autonomía privada”.

Viene bien en este punto, el acertado criterio del profesor José Ignacio Lacasta Zabalsa, quien manifiesta:

*“Durante el siglo XIX, al socaire del Código de Napoleón y de la Pandectística alemana, se adoró la liturgia de la idea individual del derecho, el individualismo jurídico, para el que el Estado no era sino el órgano de conservación y defensa de los intereses privados y el derecho público un mecanismo a su servicio, a la orden estricta del liberalismo”.*¹⁹¹

Dicho de otra manera, se entendería que el concepto de orden público, debe ser visto como un elemento de protección contra el desbordamiento de la propia libertad, por los efectos que puede generar para sí mismo y para terceros, bajo la idea según la cual, si el hombre es naturalmente libre, solo puede obligarse por su propia voluntad y es precisamente la voluntad la que crea los efectos del contrato, así que los efectos producidos por el contrato existen por cuanto han sido queridos y cómo han sido queridos. Bajo el entendido anterior, se podrá comprender que los efectos producidos por el contrato, siendo los queridos por las partes, son los efectos justos, pues no se entendería que alguien pueda obrar contra sí mismo¹⁹².

Así las cosas, resulta claro que solo las partes pueden intervenir en su decisión de negociar, de cómo hacerlo, de con quien hacerlo, etc., pero a la vez resulta claro también, que las

¹⁸⁹ GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. Op. Cit. Pág. 102.

¹⁹⁰ FERRI, Luigi. La autonomía privada. Editorial Comares S.L. Granada. 2001 Pág. 11.

¹⁹¹ LACASTA ZABALSA, José Ignacio. Op. Cit. Pág. 20.

¹⁹² REZZÓNICO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 187. En el mismo sentido SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y VATTIER FUENZALIDA, Carlos. Libertad de Contratar y Libertad Contractual: Estudios sobre el Código Europeo de Contratos. Pontificia universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2011. Pág. 42.

decisiones contractuales de las partes no pueden en principio, vincular a terceros perjudicándolos u oponiéndoles su contrato; tampoco pueden las decisiones de las partes vinculadas al contrato afectar intereses superiores como la estabilidad económica o social que interesan a una comunidad.

Visto lo anterior, razón le asiste al profesor De Castro, cuando afirma que *“desde la aparición del orden público en el texto del Código civil francés, los civilistas franceses y después los de los otros países en que se ha seguido el ejemplo francés, se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea el orden público, en los artículos de los Códigos que lo citan.”*¹⁹³

No obstante todo lo anterior, del cúmulo de definiciones surgen elementos que permiten descubrir como caracteres comunes del orden público los de flexibilidad y variabilidad. Flexibilidad que puede entenderse como una característica derivada del papel del juez en la determinación del concepto en cada caso particular; variabilidad, desprendida de las mutaciones que el concepto puede sufrir en el tiempo y con ocasión de las transformaciones sociales, siendo entonces una variabilidad progresiva y amplificadora.¹⁹⁴

2.2.2.1 El orden público económico.

Ahora bien, deberá tenerse presente que al momento de expedirse el *code*, el Estado solo cumplía funciones de índole político y no económico, razón por la cual el concepto de “orden público” solo hacía referencia a situaciones asociadas con tal naturaleza, es decir, con el orden público de carácter político¹⁹⁵. Sin embargo habrá de considerarse que todas las transformaciones sociales comentadas líneas arriba, generaron a su turno, transformaciones económicas traducidas en las desigualdades de las partes contratantes, y consecuentemente en los abusos que dichas desigualdades generaban, a los cuales los

¹⁹³ DE CASTRO, Federico. Op. Cit. 1982. Pág. 1021.

¹⁹⁴ Cfr. ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1954. Pág. 20

¹⁹⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 1997. Pág. 43.

límites derivados del orden público no alcanzaban a regular. Se hacía necesario en consecuencia, una respuesta de la administración pública, como reacción a las consecuencias injustas y desproporcionadas, derivadas del “libre juego de la iniciativa privada en el sistema económico capitalista”.¹⁹⁶

Lo anterior ha servido de base para entender que el concepto de orden público no es inmutable, sino que por el contrario, es permanentemente cambiante, variable, mutable, y en tal orden de ideas, hoy puede ser objeto de rechazo social, lo que ayer no constituía ofensa alguna al orden público; en conclusión, el concepto de orden público es cambiante tanto en el tiempo como en el espacio¹⁹⁷.

Con base en lo anterior, la doctrina francesa abanderó la reinterpretación del concepto “orden público”¹⁹⁸, mediante la obligada evolución que el mismo debía sufrir, introduciendo la noción de “orden público económico”. Tal concepto, comprende a su vez, dos variables de diferente alcance, refiriéndose por un lado al “orden público económico de dirección”¹⁹⁹, con lo cual se refieren las facultades generales de la intervención del Estado en la economía²⁰⁰, y de otro lado, al “orden público económico de protección”, el cual

¹⁹⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ. Ángel M. Op. Cit. Pág. 35.

¹⁹⁷ MUÑOZ LAVERDE, Sergio. El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo. En AA.VV. Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Biblioteca Jurídica Dike. Universidad Javeriana. Bogotá. 2008. Pág. 259.

¹⁹⁸ Interesante resulta en este aspecto, la anotación que hace el profesor Sergio Muñoz Laverde, quien afirma que el concepto de “orden público” no siempre responde a un concepto legal, es decir, no siempre las materias constitutivas de orden público se encuentran contenidas en normas positivas, o mejor aún, un asunto que deba considerarse de orden público no deja de serlo por no encontrarse contenido en norma legal alguna. En tal orden de ideas, afirma el autor, es el juez quien debe en cada caso determinar si la cuestión corresponde al orden público o no. Cfr. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Op. Cit. Pág. 258.

¹⁹⁹ Cuya principal diferencia con el orden público político, en palabras del profesor Fernando Hinestrosa, radica en que este último dice lo que no se debe hacer, en tanto que aquel, por el contrario, dice lo que se debe hacer. Citado por MUÑOZ LAVERDE; Sergio. Op. Cit. Pág. 262.

²⁰⁰ Para el caso colombiano téngase en cuenta el artículo 333 de la carta política, el cual establece: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

comprende la protección de los particulares involucrados en tratativas contractuales en casos tales como la protección de los consumidores, entre otros.²⁰¹

Las nociones de “orden público político”, “orden público económico” y libertad de contratación alcanzan un interesante nivel de vinculación, cuando se entiende que los particulares, desde la órbita estrictamente privada de sus actos, pueden y más aún, deben, contribuir al desarrollo de los fines políticos establecidos por el poder estatal. En tal contexto se deberá considerar que la noción de orden público, se concreta a partir de los principios políticos y económicos establecidos por las autoridades estatales en momentos determinados.

Así, a manera de ejemplo, resulta interesante el estudio desarrollado por el profesor Pier Giuseppe Monateri, quien refiriéndose al régimen de los contratos en el derecho alemán e italiano durante los regímenes nacionalsocialista alemán y fascista italiano respectivamente, recuerda la reunión sostenida entre académicos de uno y otro régimen en Viena en la primavera del año 1939, en la cual se discutió el tema de la libertad de contratación para efectos de determinar sus límites dentro de la concepción de “orden público” instaurada por los regímenes de las dos naciones.²⁰²

Al respecto habrá de recordarse igualmente que tanto el nacionalsocialismo como el fascismo compartieron la concepción del Estado como un instrumento de poder en manos de un líder dirigido a minimizar y controlar las acciones individuales en beneficio de las prerrogativas correspondientes al grupo. Derivado de lo anterior, la doctrina jurídica de uno

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. En el mismo sentido en la constitución española, el artículo 38, que a la letra reza: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

²⁰¹ ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín. De los principios generales del derecho a los principios del derecho del consumo. En AA.VV. Estudios del derecho del consumo (Ley 1480 de 2011). Editor científico Fernando Jiménez Valderrama. Chía, Universidad de la Sabana. Tomo I. 2017. Pág. 28.

²⁰² MONATTERI, Pier Giuseppe. Crystal and Mud Contracts: The theory of contract and the Ontology of values. En AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017. Pág. 133.

y otro régimen, compartieron la creencia del derecho privado como “*un conjunto de obligaciones asignadas a los miembros de la sociedad según las necesidades comunes.*”²⁰³

La doctrina italiana de la época, al respecto afirmaba:

*“Pur mantenendosi ligi i principii fondamentali della proprietà privata, della libertà contrattuale, del diritto alla libera concorrenza e del diritto di associazione privata, ambedue le nazioni sono del parere che questi principi hanno decisamente modificato il loro significato nella interpretazione fascista e nacionasocialista per l’influsso del principio di responsabilità del singolo di fronte alla collectività. Ambedue le Nazioni ravvisano nei principi nell’ambito del diritto privato così caratterizzati una specie di diritto costituzionale nell’ambito del diritto privato, nel senso non di difesa del singolo contro il prepotere dello Stato, ma del fondamento del vivere civile nell’interesse della collectività e per il bene della nazione”.*²⁰⁴

Las referencias anteriores ratifican el carácter maleable e indeterminado que corresponde al concepto de orden público, pero a la vez permiten aclarar que la dependencia del mismo respecto de las directrices políticas y económicas de una nación determinada en un momento específico, contribuyen a atribuir sentido al concepto, lo cual, tal como se verá más adelante, resulta de gran utilidad para establecer el alcance del término como límite de la libertad de contratación en el contexto del derecho privado constitucionalizado.

²⁰³ MONATTERI, Pier Giuseppe. SOMMA Alessandro. La teoría Fascista del contrato. Una investigación histórica y comparada del lado más oscuro del derecho contractual. En AAVV. Obligaciones y Contratos. Editores Carlos Arturo Hernández. Santiago Ortega Gomero. Universidad Libre. Bogotá, Colombia. 2014. Pág. 551.

²⁰⁴ “Si bien se mantienen los principios fundamentales de la propiedad privada, la libertad contractual, el derecho a la libre competencia y el derecho a la asociación privada, ambas naciones opinan que estos principios han cambiado decisivamente su significado en la interpretación socialista fascista y nacionalista de la influencia del principio de responsabilidad del individuo frente a la colectividad. Ambas naciones reconocen en los principios del derecho privado tan caracterizados un tipo de derecho constitucional en el campo del derecho privado, en el sentido no de defender al individuo contra el poder del Estado para prevalecer, sino del fundamento de la vida civil en interés de la colectividad y por el bien de la nación.” Cfr. CARL, Hans. Citado por MONATTERI, Pier Giuseppe. SOMMA Alessandro. Op. Cit. Pág. 553.

2.2.3.- Las buenas costumbres.

Respecto de las buenas costumbres, como límite de la libertad de contratación, la exposición puede hacerse de la misma forma en que se ha abordado el tema relativo al orden público, es decir, iniciando por entender que a la luz de lo expuesto por el artículo 6º del *Code*, se impone, en primer lugar, una postura positivista que conduce a entender que el límite no se encuentra comprendido por las “buenas costumbres” en sí mismas consideradas, sino por las leyes que las consagran. De esta manera se expresan importantes representantes de la escuela de la exegesis, entre los cuales se destacan Baudry Lacantinerie, quien refiere que sin la consagración legislativa previa, *“la libertad de los ciudadanos estaría demasiado amenazada, si el juez extendiendo excesivamente, con el pretexto de consideraciones morales, la esfera del Derecho, pudiese siempre invalidar sus actos, como contrarios a las buenas costumbres, si no a las leyes”*.²⁰⁵

Como ya expresamos antes, estas posturas exegéticas en el contexto del derecho francés, fueron abandonadas prontamente buscando posiciones que permitan encontrar la aplicación de instituciones jurídicas con apoyo en cuestiones meta-jurídicas. Por esta vía se impone entonces una postura sociológica respecto del concepto de buenas costumbres, la cual se expresa de manera clara y suficiente en autores como Demogue o Hémar, quienes exponen:

“son inmorales los contratos que son contrarios a las buenas costumbres. Estas no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos y la opinión corriente. Esta opinión contribuye, pues, a constituir el Derecho sobre puntos importantes. Es creadora. Así el Derecho se constituye y se modifica lentamente según el pensamiento general del público. Y el acto será nulo si contraviene a las buenas costumbres, sin que haya de examinar si su autor ha visto que obraba en

²⁰⁵ ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 793.

*contra del sentimiento común. Serán, en cambio, válidos, actos en sí mismo reprobables, si la opinión pública no los condena.”*²⁰⁶

Hémard, a su turno refiere:

*“[l]a concepción de las buenas costumbres no es abstracta, no se deduce de un ideal moral. Es concreta, corresponde a la conciencia pública, a la moral consuetudinaria de un país en un momento dado. Es variable, porque es sumisa, por su misma naturaleza, a la evolución de las ideas en materia de moral privada. El juez no la buscará en los simples convencionalismos, sino en los verdaderos usos del término medio de las personas honestas. Las buenas costumbres comprenden los principios que este término medio hace de la lealtad en los negocios, del respeto de la moralidad en la vida jurídica”.*²⁰⁷

La concepción sociológica de las buenas costumbres como límite a las libertades desprendidas de la autonomía de la voluntad, es objeto de fuertes y variadas críticas, que descansan principalmente en cómo aprehenderá el juez lo que Demogue ha denominado “el pensamiento general del público”, o el “sentimiento común”, o lo que Hémard por su parte ha llamado “la conciencia pública”, “la moral consuetudinaria” o los “usos del término medio de las personas honestas”.

Obviamente no existe método alguno al alcance del juez, que resulte suficientemente dinámico, ágil y certero para indicarle cual es la tendencia mayoritaria en un momento determinado, sobre determinadas cuestiones, pero además se cuestiona si la justicia puede y debe estar al vaivén de los movimientos masivos. Razón le asiste a Ripert, cuando afirma

²⁰⁶ Demogue citado por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 793.

²⁰⁷ Citado por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1954. Pág. 26

que los tribunales *“son censores de las pasiones humanas y no sus servidores. No creen que la moda haga justicia”*.²⁰⁸

En consecuencia, en respuesta a la postura sociológica, surge una concepción normativa²⁰⁹, que tampoco resulta ser suficientemente clara, pues dentro de la misma se destacan dos tendencias opuestas. La primera de ellas, se refiere a la llamada “moral social”, que aleja la noción de las buenas costumbres de la moral religiosa y la integra a la llamada moral consuetudinaria, la que no es definible en términos jurídicos, pero que se muestra como una realidad que se podría palpar en cada supuesto de aplicación. En consecuencia de lo anterior, el papel de los jueces y tribunales se torna diferente a lo expresado atrás, pues se plantea que los Tribunales se erigen en *“árbitros en su apreciación, como cuestión de hecho, pero que en esa apreciación deben inspirarse menos en la opinión de la masa que en las normas admitidas por un cierto nivel de ciudadanos como base de la vida social”*²¹⁰.

El profesor colombiano Hernando Devis Echandía, interpreta en este sentido a Planiol, Ripert y Esmein, y en consecuencia explica que para que el juez pueda conocer cuál es la opinión predominante, se debe acudir a los *“elementos sanos de la población guardianes de las antiguas tradiciones, sometidas ya a prueba, no al concepto de las masas cuando estas se desvían manifiestamente, porque de lo contrario se llegaría a la consagración de numerosas prácticas inmorales, toleradas y aún favorecidas por la mayoría.”*²¹¹

En el entendido anterior, el profesor colombiano Fernando Hinestrosa, considera que el concepto de buenas costumbres o de moral requerido para dotar de seguridad el tráfico jurídico, no es ni puede ser el resultante de la expresión de las mayorías, habida consideración de que no puede ser sometido a decisiones democráticas, ni a encuestas de opinión o similares, sino que corresponde a la interpretación que los jueces hagan de los

²⁰⁸ Citado por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 797.

²⁰⁹ Entre quienes defienden esta postura se encuentran destacados juristas como Ripert, Capitant, De Page, entre otros,

²¹⁰ La expresión corresponde a Gorphe, citado por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 798.

²¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 97.

principios morales del país, con lo cual se corre el riesgo de centrar el concepto en la “moral de los jueces”²¹², ajena por entero, o diferente, a la moral nacional, si es que tal moral existe.

De manera totalmente opuesta a la anterior, la otra tendencia que adopta la posición normativa, hace referencia a la identificación de las buenas costumbres con la moral religiosa cristiana, por considerar que la moral social, resulta variable en cada época y en cada lugar. Al respecto, en el último Tratado de Planiol, se puede leer:

*“En realidad la regla moral admitida en un país es una regla de origen religioso. En Francia, como en los países de Europa y América, es el cristianismo el que ha impuesto una cierta moral. Las reglas de esta moral son seguidas por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez constata su existencia y no tiene que pronunciarse sobre su fundamento. Cuando constata que la convención de las partes quiere crear un vínculo jurídico que sería contrario a las reglas de la moral o permitiría infringir una de estas reglas, debe anular la convención como contraria a las buenas costumbres”.*²¹³

En el contexto jurídico-privado colombiano, el concepto de “buenas costumbres”, inicialmente carecía de un referente que pudiera darle contenido, generando las dificultades interpretativas expuestas líneas atrás, prontamente tal situación cambió, merced de la expedición de la ley 153 de 1887, pues en su artículo 13 estableció que “*La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*”. Como se puede observar, la última disposición transcrita, inspirada en lo expresado por Planiol, tal como se ha comentado anteriormente, conducía a entender que las únicas costumbres que se presentaban como normas obligatorias de conducta, serían aquellas conformes con la moral cristiana²¹⁴. No obstante el contenido de dicho artículo

²¹² HINESTROSA, Fernando. Op. Cit. Pág. 275.

²¹³ Citado por ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. 1963. Pág. 798.

²¹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 98.

decimotercero de la ley 153 de 1887, habría de sufrir una interesante modificación en su comprensión, en virtud de lo dispuesto por la sentencia C-224 de 1994 emanada de la Corte Constitucional.

En efecto, en ejercicio de la acción ciudadana de constitucionalidad, un ciudadano colombiano demandó el texto del referido artículo 13º, por considerar que al referirse a la moral cristiana, se afectaban el preámbulo de la carta constitucional y los artículos 1, 7, 13 y 19 de la misma, por cuanto se desconocía que el Estado colombiano no había adoptado una religión como oficial y que al establecer los valores cristianos como referentes de la moral, se convertía al Estado en un difusor y co-evangelizador de la religión cristiana; además sujetaba a toda la nación al cumplimiento de las normas morales del cristianismo, desconociendo la pluralidad religiosa promulgada y defendida por el texto constitucional.

La Corte Constitucional, falló declarando la exequibilidad de la norma demandada, pero hizo la aclaración de que la moral cristiana, se adoptaba como referente no porque implicase un privilegio a dicha confesión religiosa, sino por ser la costumbre general en el país tanto al momento de expedirse la referida ley 157 de 1887, como en el momento en de resolverse la controversia. En tal orden de ideas, al parecer del juez constitucional colombiano, la moral cristiana ha de ser entendida como la moral social o moral general, esto es, la moral que prevalece en cada pueblo en sus propias circunstancias, para el efecto, el pueblo colombiano en sus circunstancias históricas y presentes.

La legislación civil española no hace referencia a “las buenas costumbres” como límite a la libertad de la contratación, sino que se refiere a la moral, pero dicho concepto no solo carece de precisión respecto a cómo debe entenderse, sino que además, en ocasiones la trata como término sinónimo del concepto de buenas costumbres. Lo anterior obedece, en palabras del profesor De Castro, a la influencia que en este punto imprimiera la codificación francesa en el proceso de codificación hispánico, restándole importancia a la sinonimia bajo la advertencia de que si bien es cierto en ocasiones se confunden, no ocurre

lo mismo con la significancia que se le da, es decir, debe entenderse que cuando se habla de buenas costumbres, se está refiriendo a la moral.²¹⁵

El profesor Juan Castrillo Santos, explica la moral como límite, iniciando por advertir lo que no es; en efecto, el referido profesor manifiesta: “[L]a obligación de proceder como si ‘la máxima de tus actos pueda valer como principio de moral universal’, esto es: el imperativo categórico de la moral kantiana, que lleva en sí la idea de la autonomía pura, no es aquí útil.”²¹⁶ Posteriormente, pretendiendo, ahora sí, explicar el contenido de la moral como límite a la libertad de contratación, dice: “Hay la moral del contrato a la luz de la moralidad intrínseca, de la esencia contractual y la moralidad en sentido de justicia económica del contrato”²¹⁷, y en virtud de lo anterior, involucra en el concepto de moral contractual, principios conocidos del derecho de los contratos, tales como la igualdad de las partes, el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto.

El profesor Federico De Castro, a su turno, establece que orden público y buenas costumbres son conceptos diferenciables, pero también inseparables, pues coinciden en lo esencial y son medios imprescindibles para delimitar la autonomía de la voluntad. Explica que el Estado presta su fuerza para hacer cumplir lo pactado por las partes en la libre disposición de sus voluntades, pero “cuando se le exige que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, o que repugne a la conciencia de cualquier persona decente y justa habría de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido.”²¹⁸ Actuar en contrario sería ir en contra a la función del Estado.

Los profesores Ataz López y Díez-Picazo, siguiendo la tendencia marcada por la doctrina francesa frente a la forma como se entiende la moral, coinciden en considerar que un comportamiento o un pacto será inmoral cuando la opinión colectiva los rechace, colocando en consecuencia al juez, en calidad de interprete de las tendencias colectivas, sin dejarse

²¹⁵ DE CASTRO, Federico. Op. Cit. 1982. Pág. 1026.

²¹⁶ CASTRILLO SANTOS, Juan. Op. Cit. Pág. 575.

²¹⁷ CASTRILLO SANTOS, Juan. Op. Cit. Pág. 575.

²¹⁸ DE CASTRO, Federico. Op. Cit. 1982. Pág. 1036.

llevar por la su particular visión de la moral. En tal orden de ideas, los mencionados profesores Ataz López y Díez-Picazo refieren se debe entender la moral en el sentido del artículo 1255 como “*el conjunto de convicciones de ética social imperantes, en un momento determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica*”²¹⁹. Advierten, no obstante, que por mandato constitucional se impide en el contexto español asociar la moral con preceptos religiosos, amén de que dichos preceptos sean los que determinan en gran parte el comportamiento moral y consecuentemente deben ser considerados como límite de la voluntad, pero no por ser religiosos, sino por ser mayoritarios.

2.3. Re-significación de los límites a la libertad de contratación.

La noción y desarrollo del contrato en el *code*, se sustentó en la consideración de una presunta igualdad de las partes contratantes, es decir, entre personas dotadas de igualdad de fuerzas a la hora de contraer obligaciones en procura de encontrar satisfacciones a sus necesidades, pues solo de esa manera podía darse efectivamente el anhelado acuerdo de voluntades. El escenario de libre concertación, de igualdad jurídica y de una pretendida igualdad económica de las partes, se correspondía además con el ambiente vivido durante la época de expedición del Código francés, pues no podía ser de otra forma, es decir, si el Código era producto y a la vez, fuente de desarrollo de los principios libertarios e igualitarios, no podía dar lugar a instituciones jurídicas fundadas en la desigualdad o contrarias a la libertad. Así entonces, el contrato se cimentaba en tres principios que le servían de base en su construcción filosófico-jurídica: i) un presupuesto económico liberal, fundado en el principio *laissez faire*²²⁰; ii) un presupuesto de igualdad jurídica de las partes concurrentes a un acuerdo contractual, que adoptaba la forma de un principio político, y; iii) la preponderancia de la libertad, que adoptaba la forma de un principio filosófico, y todos ellos se veían acompañados por la legalidad, como principio jurídico.²²¹

²¹⁹ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 142. Díez-PICAZO, Luís. Op Cit. 2007, Pág. 156.

²²⁰ Cuya fórmula completa rezaba: “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” (dejar hacer, dejar pasar, el mundo marcha por sí solo).

²²¹ GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. Op. Cit. Págs. 61 y 178.

De otro lado, habrá de tenerse presente que antes de la industrialización, durante la llamada “primera ola”, la producción se dirigía principalmente a la autosatisfacción y solo los excedentes de producción se dirigían a operaciones de intercambio, generando que confluyan en una misma persona la calidad de productor y consumidor, dando lugar así a generaciones de “prosumidores” como característica de una economía consuntiva; era pues, el escenario propio de las sociedades rurales. Este fenómeno cambiaría con la llegada de la segunda ola, también conocida como la era de las chimeneas, o de la industrialización, y con ella los cambios en los hábitos de producción y consumo²²².

En efecto, bajo el influjo de la revolución industrial, o mejor, de la primera revolución industrial, desarrollado entre los años 1800 a 1840, el escenario básico de pretendida igualdad entre las partes contratantes muy pronto habría de cambiar. Para el efecto deberá recordarse, que si bien la revolución gala reivindicó el liberalismo e individualismo, también sembró las bases, junto con las guerras napoleónicas, para el desarrollo y progreso de las industrias²²³. El ambiente de guerra vivido en Europa obligó a las naciones a fabricar todo aquello que antes importaban del extranjero, lo cual dio paso a la creatividad y a la inventiva; surgen así, entre muchos otros, la máquina de vapor, los telares mecánicos, la destilación de gas del carbón de piedra, la navegación de vapor, el gran desarrollo de la metalurgia, etc.

Todos estos nuevos inventos, irrumpen el desarrollo social y transforman los conglomerados humanos tal como se conocían hasta ese entonces pues de la mano de la industrialización se dio el desplazamiento incontrolado de poblaciones rurales a los cascos urbanos, lo que a su turno generó transformaciones tales como la del campesino que pasó a ser habitante urbano, y de allí el obrero agrícola que adoptaría la condición de obrero

²²² JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. La oferta al público en el Código Civil y en la ley de protección al consumidor. (Pp. 514 – 543). En: AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000. Pág. 518.

²²³ Enciclopedia de historia universal Salvat. Tomo 18 La era de la revolución industrial I. Salvat editores S.A. 1999. Pág. 3276.

industrial, o lo que es lo mismo, la transformación del artesano en proletario, pues viéndose incapaz de resistir la competencia de la producción mecanizada, terminó absorbido por las grandes fábricas²²⁴.

Es menester recordar que estos movimientos migratorios lejos de ser controlados y planificados, se convirtieron en movimientos incontrolados e incontrolables, que terminaron por generar el ambiente adecuado para el desarrollo y asentamiento de sociedades capitalistas²²⁵ y consecuentemente de las diferencias sociales que ello conlleva.

El ilustre rector del *Wissenschaftskolleg* de Berlín, Dieter Grimm²²⁶, explica

“Tras la revolución industrial, el modelo social burgués, referido a las relaciones preindustriales, perdió la pretensión de hacer llegar sus beneficios a toda la sociedad. Por el contrario, dejó una división de clases no menos escandalosa que la diferencia estamental precedente; la premisa de la capacidad de autogobierno de la sociedad, se quedó así sin base. Si la meta de la libertad igual debía mantenerse, los medios habían de ser modificados: ya no podía esperarse que la justicia social resultara automáticamente del libre juego de las fuerzas sociales, sino que de nuevo había de ser alcanzada por medios políticos.”

El gran desarrollo industrial, sustituyó el trabajo manual y doméstico, y obligó a la apertura de nuevas y mejores vías de comunicación. Las pequeñas poblaciones poco a poco habrán de convertirse en grandes ciudades, y todo ello por supuesto, afectaría las novedosas concepciones jurídicas introducidas por el *Code*. Se abrían paso de esta manera las transformaciones derivadas de la denominada “revolución industrial”.

²²⁴ Enciclopedia de historia universal Salvat. Tomo 18 La era de la revolución industrial I. Salvat editores S.A. 1999. Pág. 3287.

²²⁵ En este sentido Mosset Iturraspe, en SOTO COAGUILA, Carlos A. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. Pág. 36.

²²⁶ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 73.

Al respecto, el profesor y exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Jaime Alberto Arrubla Paucar considera que a raíz de los cambios introducidos por la revolución industrial, surge la fabricación de bienes en serie y gran escala, y se genera una masificación de la sociedad²²⁷, y de allí se deriva el anonimato de los sujetos que intervienen en la celebración de contratos mecanizados, en general se puede decir surge un esquema negocial masificado que uniforma los tratos y los torna en inequitativos²²⁸. Así pues, como consecuencia de la masificación *“la sociedad pierde su individualismo en términos económicos; ya no se compone por personas sino por agregados humanos, sin rostro ni nombre determinados”*²²⁹.

De la mano del profesor Soto Coaguila, entendemos por contratación masiva aquella en la que la celebración se realiza muchas veces, a través de un comportamiento inconsciente de los contratantes; el consumidor busca el menor costo en los bienes que desea adquirir o en los servicios que requiere, a la vez que el proveedor, busca incrementar la cantidad de oportunidades para comercializar sus bienes o servicios. En tal orden de ideas, la contratación masiva, no se refiere a una forma de contratación típica o atípica, sino a una serie de acuerdos de un mismo tipo contractual, celebrados con cada uno de quienes desean adquirir un bien o servicio.

Ahora bien, aunque no se sabe con absoluta precisión o exactitud cuando surgió la contratación masiva, autores como Alvin Toffler, refiere que la categoría de productores y consumidores surgió con el nacimiento de la sociedad industrial²³⁰ posición en la cual coincide Kessler²³¹, quien en un artículo publicado en 1943, refiere que este tipo de

²²⁷ Así, serían diferentes, según explicación del profesor Soto Coaguila, la compraventa de una casa que Juan celebra con Pedro y que consecuentemente conlleva a una identificación previa de las partes, a la compraventa que se realiza masivamente sin importar con quien se contrata, tal como sería la compra de un diario en un kiosco o puesto de revistas.

²²⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 2004. Pág. 18.

²²⁹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Op. Cit. Pág. 519.

²³⁰ Cfr, TOFFLER, Alvin. The third wave. New York, William Morrow and Company. Pág 262.

²³¹ Citado por SALAZAR, Diego F. en Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. En AA.VV. Revista de Derecho

contratación aparece inevitablemente con el surgimiento y desarrollo de las grandes empresas y la consecuente masificación de los procesos de producción y distribución; de otro lado, vale considerar que ya en 1901, en su tradicional “*De la déclaration de volonté*”, Raymond Saleilles acuñaba el término “*contrats d’adhesión*”²³², al tiempo que llamaba la atención sobre dicha figura, cuando refería que “*hay unos pretendidos contratos que no tienen más que el nombre... a falta de una mejor definición, podrían llamarse contratos de adhesión, en los cuales existe la predominancia exclusiva de una sola voluntad*”.

Cómo se puede observar, el impacto de la llamada “revolución industrial” en los esquemas negociales, sucedió tan pronto como surgió *el code*, sin que se diera la oportunidad de que la codificación francesa pudiese prepararse para afrontar los nuevos retos, y todo ello ocurrió por cuanto los redactores del *code* vivieron una sociedad que no correspondió a la sociedad en que se desarrollaron las instituciones jurídicas por ellos previstas.

En 1949, el ilustre jurista español Juan Castrillo Santos, escribía:

*“Las bases jurídicas del régimen capitalista individualista han evolucionado desde 1804 en sentido que no es precisamente favorable a la libertad de contrato. La regla formulada por el artículo 1134 del Código civil ha visto su círculo de aplicación estrecharse cada día un poco más durante el último cuarto del siglo XIX y en lo que va del siglo XX.”*²³³

De acuerdo a lo anterior y de la mano del cambio social generado por la revolución industrial y el asentamiento del capitalismo como un escenario fundado en la explotación

Privado. Ediciones Uniandes. No. 37. Diciembre de 2006. ISSN 0121-0696. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia. 2006.

²³² Cfr. Nota al pie No. 229 en DE CASTRO, Federico. Op. Cit. 1982. pág. 1053. Posteriormente el término sería empleado por autores como Hauriou, en *Notes* sobre el consejo de Estado, 1906; Fortier, en 1909, en su obra *Des pouvoirs du juge en matière de contract d’adhesion*, entre otros. Cfr. Nota al pie No. 1 de DUGUIT, Leon. Op. Cit. Pág. 140.

²³³ CASTRILLO SANTOS, Juan, Op. Cit. Pág. 569.

del hombre por el hombre, se generaron grandes desigualdades sociales que dejaron la pretendida igualdad entre los contratantes como una formula vacía, carente de sentido práctico y alejada de la realidad que se abría paso en las nuevas dinámicas sociales. Es en este escenario que nace el “espíritu del capitalismo moderno”, según lo relatado por Max Weber; espíritu que muta el interés de los participantes en el mercado, por un nuevo afán de enriquecimiento que no se impone de manera pacífica sino que se logra a través de las desconfianzas y de la indignación moral. Ese nuevo espíritu representaría entonces calidades morales diferentes a las cultivadas en escenarios tradicionales hasta entonces.²³⁴

A partir de todo lo expuesto, sería admisible entender que, a pesar de los límites pretendidos en la teoría clásica de los contratos, la libertad de contratación fue objeto de abusos por parte de los individuos y que con base en tales abusos de las libertades, además de la masificación en la oferta de bienes como consecuencia de la masificación de su producción, la versatilidad que adoptan las tratativas comerciales, las nuevas prácticas “contractuales” y su desarrollo, y la masificación social en los centros urbanos, se presenta en la escena un elemento antes desconocido y ajeno al esquema contractual derivado del *code*; aparece pues, una modalidad contractual que no corresponde ya al antiguo contrato paritario, en el cual, las partes en ejercicio de su libertad contractual y en desarrollo de un acto entre iguales, determinan contratar y deciden el alcance, términos y condiciones que regirán la contratación pretendida, sino que se abre paso una práctica contractual en la cual se presenta un contrato masivo y estandarizado en el que una parte predispone el contenido del contrato, y la otra se limita simplemente a aceptar el contrato predispuesto adhiriéndose a él. Aparece así en escena, el llamado contrato por adhesión a condiciones generales²³⁵,

²³⁴ WEBER, Max. La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas M. Fondo de Cultura Económica. México, 2003. Pág. 117.

²³⁵ El profesor de la Universidad de Harvard, Todd D. Rakoff ha identificado siete características que dan forma a lo que se conoce comúnmente como “contrato de adhesión”, así: i) El documento cuya validez jurídica se cuestiona se presenta en una forma pre- impresa que contiene condiciones con pretensión de ser un contrato; ii) El formulario se ha escrito en beneficio de una de las partes que concurren a la transacción; iii) La parte que impone el texto pre-elaborado participa en variadas operaciones, como la contenida en la proforma y desarrolla dichas transacciones de manera rutinaria; iv) la proforma es presentada al contratante adherente, quien asumirá el negocio en los términos indicados en dicho documento; v) Una vez las partes acuerdan los términos del contrato que se mantienen como negociables – que pueden estar presentes o no – el contrato pasa a ser suscrito por el adherente; vi) el contratante adherente desarrolla pocas operaciones como las contenidas en el contrato, en comparación con la parte oferente, y; vii) la principal obligación de la parte

contrato predispuesto o simplemente, contrato por adhesión²³⁶, y con él la figura del contratante fuerte y consecuentemente, el contratante débil.

Es forzoso entender que a partir de los profundos cambios sociales introducidos por la revolución industrial y la manera como los mismos afectaron la noción de contrato diseñada por el *code*, se afectaron también sus pretensiones de ser acuerdo de voluntades de sujetos libres e iguales. La expresión de Fouille²³⁷: “*Quien dice contractual, dice justo*”²³⁸ ya no correspondía a la realidad, y la antigua intervención del Estado que tendía a desnaturalizar el equilibrio de las partes, no era ya considerado una intromisión, sino una necesidad. Diría Raiser²³⁹, que el ciudadano ya no se vuelve contra el Estado, sino que pide su ayuda, la cual se traduce en la necesidad de protección de los más débiles.

Así entonces, el surgimiento de la contratación masiva como consecuencia, a la vez que respuesta, a los cambios sociales ya comentados líneas arriba y la intervención del Estado en la contratación privada, se estructurarán como las principales manifestaciones de lo que se denominó la crisis del contrato²⁴⁰, que en realidad correspondía a la crisis de la autonomía de la voluntad, o mejor aún, la crisis de la libertad de contratación.

Dicha crisis se hace evidente en, al menos cuatro aspectos centrales: i) La ruptura del paradigma de contrato surgido a partir de la teoría clásica de los contratos. Deberá considerarse para el efecto, que a partir del fenómeno de la estandarización, los contratos ya no son producto de la libre voluntad de las partes, es decir, ya no surgen como producto de la negociación de los contratantes, sino que el texto contractual es predispuesto e impuesto

adherente, es el pago del dinero. En RAKOFF, Todd D. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. (Pp. 57 – 168). En AA.VV. Revista de Derecho Privado. Ediciones Uniandes. No. 37. Diciembre de 2006. ISSN 0121-0696. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia. 2006. Pág. 60.

²³⁶ SOTO, Carlos Alberto. Op. Cit. Pág. 376.

²³⁷ Citado por REZZÓNICO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 187.

²³⁸ “*Qui dit contractuel dit juste*”

²³⁹ Citado por REZZÓNICO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 203. Igualmente citado por DE LOS MOZOS, José Luís. Op. Cit. Pág. 203.

²⁴⁰ Que algunos también llamaron “La decadencia del contrato”, e incluso se llegó a afirmar que representaban “La muerte del contrato”

por una de las partes a otra que tímidamente se limita a aceptar o rechazar; ii) La ruptura del presupuesto de igualdad de las partes, que se ve reducido a ser una simple ilusión que no se corresponde con la realidad práctica;²⁴¹ iii) La limitación relativa a la libertad para contratar, considerando que en ocasiones no es posible elegir a quien ha de fungir como contraparte en el contrato pretendido, y; iv) La ruptura total, o la definitiva desaparición de la libertad contractual, bajo el entendido de que ya no es posible elegir el contenido del contrato, e incluso, en algunos casos, no es posible siquiera elegir el tipo de contrato a ser empleado.

Todo lo anterior conduce a entender que si bien es cierto que la libertad de contratación, como libertad positiva, debe ser orientada por valores, estos responden a parámetros de índole ético - cultural, por lo cual no se puede *“proponer ninguna filosofía de la libertad para todas las épocas y todos los mundos”*²⁴². Dicho por Luís Díez-Picazo y Antonio Guillón²⁴³, los límites a la libertad de contratación son líneas fluctuantes porque *“tanto el concepto de orden público como la concreción de lo moral o inmoral en materias de Derecho privado, son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes”*, con lo cual es claro que al variar las posibilidades de elección determinadas por la libertad positiva, deben también variar los límites derivados de la libertad jurídica.

De la mano de lo anterior, deberá entenderse que la descripción vacía y carente de contenido del “orden público” y las “buenas costumbres”, no constituyen una limitante real y efectiva frente a los nuevos retos que se presentan en las dinámicas contractuales surgidas a partir de la revolución industrial.

Las ayudas que según Raiser el ciudadano clama de parte del Estado, comentadas líneas arriba, se han dirigido entonces, en primer lugar, a re-direccionar los límites a la libertad de contratación adaptándolas a las nuevas realidades sociales, en las cuales *“[e]l antiguo*

²⁴¹ SOTO COAGUILA, Carlos A. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. Pág. 180.

²⁴² SCHAPP, Jan. Op Cit. Pág. 24.

²⁴³ Citado por FERNÁNDEZ CESSAREGO, Carlos. Op. Cit. Pág. 226.

territorio del negocio jurídico se reduce, se hace pobre y angosto”²⁴⁴, y resulta desconocido frente a las características tradicionales delineadas para el contrato según su descripción en la teoría clásica, pues ya no se dirige el contrato a una parte determinada y concreta, sino a un ente abstracto, anónimo, indeterminado e indeterminable; el contrato se dirige a un número indeterminado de posibles adherentes que tomarán la forma de consumidores.

De esta manera se da la separación de las figuras de productor de bienes y servicios, y del requirente de dichos bienes y servicios, y surgen los conceptos de “*contratación masiva*”²⁴⁵ y, de “*consumidor*” los cuales resultaban desconocidos y por tanto novísimos para el derecho imperante a mediados del siglo XIX²⁴⁶; igualmente desaparece la dinámica de la contratación en la que las partes discuten sus intereses, se hacen concesiones mutuas, fijan las pautas que regirán su negociación y por ende buscan y logran su “acuerdo de voluntades” como la forma de definir su ley privada, particular y concreta, pues a través de un contrato predispuesto e impuesto se procede a la negación total de la posibilidad de negociación y se da paso a la simple aceptación.

Se elimina así la posibilidad de auto-determinación y se da paso a un re-dimensionamiento del contrato en el que se deja atrás el vetusto contrato inmodificable e intangible, dando lugar a un contrato de concepción más humano y social en el cual el Estado debe intervenir en procura de lograr una justicia contractual²⁴⁷. En palabras del profesor Soto Coaguila, “*el Estado, titular de la potestad de regular las relaciones de los particulares, decidió*

²⁴⁴ DE LOS MOZOS, José Luís. Op. Cit. 2000 pág. 202.

²⁴⁵ El profesor Soto Coaguila, hace la aclaración de que el término “contratación masiva” no se refiere a un tipo de contrato celebrado con la masa, sino que hace referencia a aquellos que se celebran entre cada uno de los predisponentes y los adherentes, en el mismo sentido aclara que en el sistema de contratación masiva se utiliza cuantitativamente un contrato para lograr el intercambio de bienes y servicios a gran escala. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. Pág. 169.

²⁴⁶ LARROUMET, Christian. Op. Cit. Pág. 88.

²⁴⁷ BORDA, Guillermo A. citado por SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. Pág. 175.

intervenir para lograr la igualdad jurídica entre los contratantes y proteger a la parte más débil, con lo cual no hizo otra cosa que reducir y limitar la autonomía privada.”²⁴⁸

La creciente intervención del Estado en busca de lograr los propósitos ya indicados, da lugar entonces al fenómeno del dirigismo contractual, o del contrato dirigido, como una de las características más determinantes de la contratación moderna, con la cual responde a los reclamos de protección de los ciudadanos que se han visto debilitados en sus procesos de contratación. En tal sentido, la profesora argentina Messina de Estrella Gutiérrez²⁴⁹, refiere que en la actualidad se ha afirmado que la función del contrato, tanto en el económico como en lo social se dirige a procurar la protección de las partes contratantes, en especial de los más débiles. El profesor colombiano Antonio Bohórquez Orduz²⁵⁰, a su turno, refiere como la actividad del legislador en materia contractual propende por la protección del contratante débil. El ilustre profesor italiano Francisco Messineo²⁵¹, destaca la defensa del contratante débil frente al contratante fuerte, como un rasgo interesante del tratamiento legislativo moderno a los contratos.²⁵²

El profesor Ángel M. López y López, destaca como la cuestión del contratante débil plantea una tensión entre los conceptos de libertad y justicia, que al parecer de algunos doctrinantes, se resolvería en favor de la libertad²⁵³; no obstante, hay también importantes doctrinantes que se inclinan por mirar el contrato, y por ende la relación contractual, como un asunto de justicia, que se ve representado en la correspondencia de lo que se da frente a

²⁴⁸ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. Pág. 178.

²⁴⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ Graciela N, La causa y frustración del contrato (pp. 47 – 67). En: AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

²⁵⁰ BOHÓRQUEZ ORDUZ Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.: 2004. Pág. 63

²⁵¹ MESSINEO, Francisco. Op. Cit. Pág. 20.

²⁵² No obstante lo anterior, es escasa la información que permite identificar a un contratante como débil, al punto que, tal como lo destaca el profesor peruano Max Arias - Schreiber, se puede llegar a considerar que un abogado, provisto de un título profesional resultante de una brillante carrera, podría ser un “contratante débil”, pues si bien conoce las normativas rectoras del contrato como institución, desconoce la técnica referente a la negociación y a la misma redacción del texto contractual. Cfr. ARIAS- SCHREIBER, Max. La técnica contractual. En AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

²⁵³ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. Pág. 627.

lo recibido, del servicio prestado frente a su remuneración, de las obligaciones que se asumen frente a los derechos que se adquieren, etc., y en tal orden de ideas, se ha dicho que se requiere la intervención del Estado a fin de garantizar la justicia en las relaciones contractuales. Los mecanismos que cumplirían tal función de garantía de la justicia contractual, adoptarían la forma de instituciones tales como la lesión enorme, el control de la excesiva onerosidad, el abuso del derecho,²⁵⁴ etc., los que a su turno conducirían al llamado dirigismo contractual.

2.3.1.- Dirigismo contractual.

El fenómeno del dirigismo contractual se asocia a la intervención del Estado, mediante su actividad legislativa y judicial, concretada en una serie de medidas que conllevan cierta disminución, que no supresión, de la libertad de contratación, afectando los procesos de formación de los contratos o los efectos derivados de los mismos²⁵⁵, o su interpretación, etc., dando lugar con ello, a lo que Josserand denominó un “*contrato menos contractual*” con el que, frente a las nuevas formas de contratación, se busca sustituir la “igualdad jurídica” por una “igualdad real”. Siendo así, el dirigismo contractual cumple un papel “moralizador, benefactor, distribuidor de justicia”.²⁵⁶

Bajo este entendido y siguiendo la línea argumentativa ya trazada, se entiende por “dirigismo contractual”, el proceso mediante el cual el Estado, haciendo uso de su potestad legislativa o mediante la actividad judicial dirige el contrato que, en consecuencia, ya no es obra propia y exclusiva de las partes, sino que pasa a ser una obra conjunta, lograda en colaboración entre las partes y el Estado; así, el contrato pierde su esencia individualista y adopta entonces una postura más social. Al respecto, el profesor Hernando Devis Echandía, habría manifestado que con ocasión del dirigismo contractual, al contrato “*se le considera no como obra de los individuos aislados de la comunidad y ajena al orden jurídico*

²⁵⁴ Al respecto, el trabajo ya citado del profesor GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio.

²⁵⁵ RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato. Editorial Abeledo – Perrot. 1958. Buenos Aires, Argentina. 1958. Pág. 159.

²⁵⁶ RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 160.

general, sino por el contrario como obra de miembros de esa comunidad y como instrumentos del orden jurídico nacional”²⁵⁷, por lo cual el principal determinante de un contrato no será la voluntad de las partes, sino la voluntad general de la comunidad.

El profesor Arrubla Paucar²⁵⁸ comenta como a partir de las transformaciones sufridas en la economía como consecuencia de las grandes guerras, se hace indispensable la intervención del Estado en la economía, y de la mano de dicha intervención, se presenta la intervención del Estado en la libertad de contratación, dando lugar con ello al régimen del “contrato dirigido”. Para el caso norteamericano, recuerda el citado profesor la crisis desatada a partir de la primera guerra mundial, que conllevó a que la actividad económica agrícola e industrial se sometiera a la intervención del Estado mediante las políticas conocidas como el *New Deal*.

Frente al “dirigismo contractual”, Louis Josserand²⁵⁹, habría manifestado que se presenta como un fenómeno de la contratación contemporánea y que surge como consecuencia de causas sociales y económicas profundas que conducirían a la primacía de lo social sobre lo individual; en efecto, surgiría entonces, como reacción a la acumulación de capitales, a la desigualdad entre las partes contratantes, y en defensa del contratante que se reputa débil²⁶⁰ frente a las grandes compañías o sociedades. De esta manera, la intervención del Estado busca restarle espacio al ejercicio de las libertades individuales, para pasar a intervenir cada vez más en las prácticas contractuales.

De otro lado, habrá de tenerse presente que el dirigismo contractual no siempre ha mostrado la misma intensidad, pues el Estado ha debido “ajustar” o graduar la mayor o menor medida de su intervención en las actividades negociales entre particulares en la

²⁵⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 77.

²⁵⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. 1997 Pág. 46.

²⁵⁹ Citado por FIERRO-MÉNDEZ Rafael Enrique. Teoría General del Contrato. Editorial Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.:2007. Pág. 13.

²⁶⁰ RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 158.

medida en que las dinámicas contractuales lo han requerido, de la misma manera que ha cobrado nuevo significado el concepto de contratante débil.

2.3.2.- De la contratación civil estándar a la irrupción del derecho del consumo.

Las tratativas contractuales y las dinámicas propias de los modelos sociales en que se ha desarrollado, han implicado cambios en la forma en que el Estado ha debido intervenir, determinando el mayor o menor grado de intervención. De esta manera, se podrían establecer, al menos tres fenómenos que han marcado el nivel de intensidad de la intervención estatal, siendo ellos: i) la contratación civil o estándar; ii) el fenómeno de la mercantilización o comercialización de las relaciones civiles, y; iii) el surgimiento de los regímenes de consumo.

2.3.2.1.- La contratación civil estándar.

Respecto a este fenómeno, diríamos que se corresponde al desarrollo de acuerdos contractuales bajo los parámetros establecidos a partir de la teoría clásica de los contratos, huelga decir, a partir de la expedición del *code*, y bajo los planteamientos del mismo. No obstante, hablar de la contratación civil estándar, corresponde a hablar de un fenómeno, que aunque debería ser común, es decir, la regla general en las tratativas contractuales, no lo es, y por el contrario resulta excepcional y casi que insólito no solo en épocas recientes, sino incluso desde antaño; es decir, no es un fenómeno común y nunca lo fue. Lo anterior, se podría justificar en dos razones principales: i) La concepción del contrato como una figura idealista más no real, y; ii) El impacto generado por la revolución industrial.

Con respecto a la concepción del contrato como figura idealista, más no real, diremos que la misma se justifica en el hecho de que el contrato, a la luz de lo establecido en el *code*, correspondía a un acuerdo de voluntades surgido entre personas libres e iguales, que

actuaban haciendo uso de su libertad de autodeterminación; el concepto clásico del contrato descansa pues, sobre una teórica equivalencia de partes y prestaciones²⁶¹. Más sin embargo y de la mano de la escuela de los Estudios Críticos Legales (*Critical Legal Studies*), habremos de recordar que el “derecho en acción”, resulta radicalmente diferente al “derecho en los libros”²⁶² y en tal orden de ideas, siendo que el acuerdo contractual es el producto de la libre concertación de las partes, quienes actúan en un plano de igualdad y con gran margen de libertad, debía producir como resultado un contrato justo, más aún, el contrato debía ser la representación de una fórmula justa y equitativa, que tenía la virtud de satisfacer a las partes por igual; tendría entonces una base altruista sobre la cual descansan las pretensiones de los contratantes. “*El contrato es un instrumento de solidaridad jurídica*”, “*la igualdad es el alma del contrato*” diría el ilustre jurista argentino Marco Aurelio Risolia, citando a Saleilles y De la Grasserie, respectivamente.²⁶³

No obstante lo anterior, resulta claro que esta perspectiva del contrato y por ende, de los contratantes, choca en primer lugar, con la filosofía individualista que fue grandemente influyente en la edificación de la teoría general de los contratos; en segundo lugar choca con la realidad de las desigualdades sociales, siempre presentes, siempre actuantes de diferentes maneras, por ello y con razón se advierte que “*el contrato es un molde jurídico para la materia económica y la desigualdad suele adelantarse por esa vía*”²⁶⁴

Así las cosas, la perspectiva ideal, derivada de los planteamientos del *Code* está lejos de ser real, pues como dirá el profesor Eduardo Hernando Nieto:

“¿Cómo podía hablarse de igualdad entre las partes si en el plano social predominaban siempre las desigualdades y diferencias en el poder?, ¿podría decirse, por consiguiente que el contrato fue y es un instrumento de poder? De estas mismas

²⁶¹ RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 126.

²⁶² PÉREZ LLEDO, Juan A. El movimiento ‘Critical Legal Studies’. Tesis Doctoral. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho. 1993. Pág. 51.

²⁶³ RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 125.

²⁶⁴ RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 125

preguntas, por ende ¿acaso no se podría concluir en que la teoría contractual sólo sirve para legitimar estructuras de desigualdad dentro de la sociedad contemporánea y reforzar el status quo?”²⁶⁵

Como se puede observar, las anteriores consideraciones llevan a entender que el contrato pensado por los autores del *code*, se presenta como una idealización en la que las partes actúan desprendiéndose de sus intereses particulares en defensa de una pretendida utilidad común, situación que parece alejarse de la realidad. Ahora bien, no obstante lo anterior, y aceptando en gracia de discusión, que el contrato podía celebrarse y ejecutarse o cumplirse tal como se definía y se establecía a partir de la teoría clásica, su periodo de “gloria” sería muy breve, pues habría que recordar que a la par de la expedición del *code*, se empezarían a ver los efectos de la revolución industrial y de la consecuente aparición de los fenómenos de contratación masiva comentados líneas arriba, así que el escenario de libre concertación entre partes que obran en igualdad de condiciones, pasaría tempranamente a ser una verdadera rareza que aún puede excepcionalmente persistir cuando se celebran acuerdos contractuales de naturaleza civil.

En este escenario, la intensidad de la intervención del Estado es evidentemente menor, pues si bien es cierto que las partes actúan en un supuesto plano de igualdad y libertad, parece cuando menos, poco probable la existencia de un contratante débil que deba ser protegido. De esta manera es claro que los límites representados por el orden público y las buenas costumbres derivados de la teoría clásica, pese a todas las críticas de que puedan ser objeto, parecen ser suficientes.

2.3.2.2.- La mercantilización del derecho civil.

²⁶⁵ NIETO, Eduardo Hernando. Los Estudios de Crítica legal frente al derecho civil y los contratos. En AA.VV. Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Palestra Editores, Lima, Perú. Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia. 2000. Pág. 218.

Siguiendo a Solá Cañizares, quien a su turno sigue la línea trazada por Heck, - que luego es replicada por Wieland, Locher, y por el ilustre jurista español Joaquín Garrigues -, habrá de entenderse que el proceso de mercantilización o comercialización del derecho civil inició de manera temprana. Los autores citados han calificado al derecho comercial, como “*el derecho de los actos en masa*”, entendiendo bajo tal calificativo, que mientras al derecho comercial le corresponde ocuparse de los negocios que se realizan en forma masiva, al derecho civil le corresponde ocuparse los negocios que se desarrollan de manera aislada²⁶⁶; igualmente esta rama del derecho ha sido llamada “*el derecho de la empresa*”, lo cual es consecuente con lo anterior, pues es claro que la generación masiva de contratos, requiere del ejercicio de una serie de actividades organizadas para tales fines, lo cual, como es sabido, representa el rasgo característico de la empresa²⁶⁷.

Al respecto habrá que recordar, como ya se ha reiterado, que la revolución industrial condujo grandes desplazamientos sociales del campo, y con ello, el asentamiento de importantes conglomerados humanos en las ciudades. Dichos conglomerados sociales requerían ser atendidos de manera pronta y uniforme, por lo cual se impuso la contratación masiva que despersonalizó la tratativa contractual generando el surgimiento de los llamados “contratos por adhesión”, como la forma más eficaz de satisfacer las necesidades requeridas por los habitantes de los asentamientos urbanos que crecían en las urbes.

A la par con lo anterior, y con el fin de comprender adecuadamente el fenómeno de la “mercantilización del derecho civil”, deberán considerarse al menos dos razones derivadas del proceso de codificación mercantil francés post-revolucionario. En primer lugar deberá recordarse que el código de comercio francés de 1807, introdujo el concepto de “acto objetivo de comercio”, con lo cual se desplazó la atención que antes se centraba en la persona del comerciante, al novísimo concepto de “acto de comercio”²⁶⁸, y a la posibilidad

²⁶⁶ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. Tratado de derecho comercial. Tomo I. Montaner & Simón S.A. Barcelona, España. 1963. Pág. 120.

²⁶⁷ DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. Op. Cit. Pág. 122.

²⁶⁸ Explicado en la legislación colombiana en el artículo 20 de la legislación mercantil, a la vez que es regulado por el artículo 2º de la legislación mercantil española.

de que cualquier persona, comerciante o no, pudiese realizar tales actos mercantiles²⁶⁹. Obviamente esto condujo a la generalización en la realización de los actos de comercio por encima de la realización de los actos civiles, pues solo era considerado un acto civil, por sustracción de materia, aquel que no fuera considerado como acto de comercio. Dicha generalización se hizo más evidente aún, al considerar la introducción del concepto de acto de comercio mixto, entendiendo por tal a aquel que puede verse como acto civil para una de las partes, en tanto que resulta mercantil para la otra y que la legislación resolviera adoptándolo como acto mercantil para ambas partes²⁷⁰.

En segundo lugar, merece especial atención, que en el proceso de objetivación del derecho mercantil, se impusiera la aplicación de la codificación mercantil a toda persona que realizara actos de comercio, siendo comerciante o no²⁷¹. Esta última circunstancia condujo a que se impusiera una forma de derecho propio de una clase social poderosa a unos *“consumidores generalmente ignorantes y económicamente débiles”*.²⁷²

Con lo anterior, se entenderá que a la vez que cobraban auge cada vez mayor los asuntos sometidos al derecho comercial, perdían espacio los asuntos correspondientes al derecho civil. Igualmente, habrá que entenderse que las grandes empresas, encargadas de satisfacer las necesidades de la población, adquirirían cada vez mayor poder económico y con ello mayores posibilidades de imponer sus condiciones contractuales, es decir, asumían su papel de profesionales del comercio; de esta manera, el proponente se hacía más fuerte en la medida que el adherente sufría una correspondiente debilitación de sus posibilidades contractuales.

²⁶⁹ Cfr. Art. 11 Código de comercio colombiano, y Art. 2º. Código de Comercio español.

²⁷⁰ Concepto adoptado por el código de comercio colombiano en el artículo 22.

²⁷¹ Esta regla, a su turno, fue adoptada en el artículo 11 de la legislación mercantil colombiana y en el artículo 2º de la legislación mercantil española.

²⁷² VIVANTE, Cesare. Citado por ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. Comercialización del mundo de la vida y advenimiento del código único del mercado. En AA.VV. Jurista y Maestro. Homenaje a Arturo Valencia Zea. Tomo I. Universidad Nacional de Colombia. 2014. Pág. 369.

Lo anterior, es explicado de manera magnífica por el ilustre profesor colombiano José Gabino Pinzón, quien refiere:

*“El Código Civil no es ya el breviario de la vida civil: es un libro de razón que solo se abre en circunstancias excepcionales de la vida familiar, como el matrimonio, la sucesión. El derecho comercial va a dominar la vida civil [...] En la vida diaria es con los comerciantes con quien estamos en permanente relación: es posible no entrar jamás al despacho de un notario, pero no es posible dejar de entrar a un banco. [...] El derecho de los negocios es hoy común a los no comerciantes”.*²⁷³

En este proceso de comercialización del derecho civil, del auge de las relaciones mercantiles y de la imposición de la contratación masiva, surge la necesidad de ampliar las limitaciones a la libertad de contratación respecto de las planteadas en la legislación civil, pues aunque las tratativas mercantiles pueden estar pensadas y en efecto pueden ser desarrolladas entre comerciantes, también comprende a los que el profesor Vivante denominara consumidores ignorantes y débiles, y por ende necesitados de mayor protección. Así las cosas, el derecho mercantil no se conformará con las gaseosas y vacías formulas del orden público y las buenas costumbres, sino que incorporará nuevas figuras y métodos que se dirigirán a procurar el equilibrio contractual anhelado desde la expedición del *code*.

Entre las novedosas formas limitativas de la libertad de contratación, aparecerían, entre otras, la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad, derivada de la antigua formula “*rebus sic stantibus*”, se invertiría la figura civil del “*res perit creditoris*” trasladando el riesgo al vendedor en la compraventa mercantil, etc.

2.3.2.3.- El surgimiento de los regímenes de consumo.

²⁷³ Citado por ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. Op. Cit. Pág. 365.

Así como las prácticas comerciales conllevaron a la imposición del derecho mercantil por sobre el derecho civil, ocurrió fenómeno semejante con el derecho mercantil que debió ceder terreno al derecho del consumo. El profesor Juan Pablo Cárdenas, recuerda que el derecho comercial surgió como una regulación entre profesionales del comercio y que por ende no requerían de mecanismos de protección especiales, no obstante el auge de las actividades mercantiles y su evidente intromisión en la vida ordinaria de las personas, mostró la necesidad de establecer adecuados mecanismos de protección a determinadas personas dando origen así a los regímenes de protección al consumidor.²⁷⁴

En tal orden de ideas y tal como se ha podido observar, las relaciones de consumo y las diferencias prácticas existentes entre productor y consumidor son resultado de la masificación de la producción, y consecuentemente vienen desarrollándose desde mediados del siglo XIX. Sin embargo la regulación de los contratos inspiradas en las diferencias de las dinámicas contractuales ocurridas a partir de la masificación de la producción industrial, el reconocimiento de la inferioridad o debilidad del consumidor y los afanes proteccionistas hacia el mismo, tardaron mucho en realizarse, considerando que los primeros regímenes de protección al consumidor surgieron en la Europa continental²⁷⁵, en la década de los años setenta del siglo XX.²⁷⁶ El surgimiento de los regímenes de consumo, en general, requirió de un ambiente propicio de estabilidad democrática y social, a fin de que los afanes de

²⁷⁴ CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro. En AAVV. Derecho comercial, cuestiones fundamentales. Editorial Legis S.A. Universidad del Rosario. Bogotá 2016. Pág. 5.

²⁷⁵ En Inglaterra la protección del consumidor por medios legislativos, inició con la *Consumer Protection Act* de 1961, seguida por la *Trade Descriptions Act* de 1968 y la nueva *Consumer Protection Act* de 1971. Para el territorio continental Europeo, las acciones legislativas de protección al consumidor solo aparecerán hasta la década de los años setenta del siglo XX, como resultado, en primer lugar del Tratado de Roma de 1957, en el que, si bien no se hizo referencia a la protección del consumidor, si surgió como una necesidad evidente la urgencia de su protección. Posteriormente y a partir de reuniones celebradas en el año de 1972 y 1975, surgirá el “Programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información a los consumidores”, que establecía cinco principios básicos de la protección. VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. Introducción al derecho del consumo. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2012. Pág. 22.

²⁷⁶ STIGLITZ, Gabriel. Derecho y políticas de defensa del consumidor en América Latina. La experiencia colombiana. (pp. 23 – 32). En AA.VV. Perspectivas del derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pág. 23.

protección a consumidores y usuarios, no se vieran desplazados por las necesidades de protección de los derechos humanos.

En tal sentido, en el contexto del derecho español, la protección al consumidor solo viene a evidenciarse a partir de la Constitución de 1978, previa inspiración de la Constitución portuguesa de 1976; deberá considerarse que en ambos casos los países respectivos acababan de salir de épocas de dictadura, en las cuales, obviamente no se encontraba el ambiente propicio para otorgar o reconocer amplitud de derechos a los ciudadanos, merced de administraciones públicas puestas al servicio de los intereses de la dictadura.²⁷⁷ Para el caso de los países latinoamericanos, la llegada de los regímenes de consumo tardó un poco más, considerando que las situaciones socio-políticas de los países de la región requerían de la mayor atención del aparato estatal, dejando el tema de la protección del consumidor como un aspecto que podía y debía esperar.

Mientras que en el contexto Europeo el tema de los derechos humanos perdía protagonismo y cedía espacio al tema del derecho del consumo, en el escenario latinoamericano la situación era diferente, pues la consolidación de la democracia en los países de la región y consecuentemente los graves hechos de violación de los derechos humanos traducidos en desapariciones, muertes violentas, masacres, etc., hacía que la atención se centrara en los derechos humanos.²⁷⁸

Paulatinamente, conforme las situaciones internas lo fueron permitiendo, esto es, conforme se lograba el establecimiento de estructuras democráticas medianamente estables, se

²⁷⁷ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. La protección del consumidor como principio general del derecho. En AA.VV. Nuevos Derechos Fundamentales en el Ámbito del Derecho Privado. Director MONSERRAT QUINTANA, Antonio. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. 2007. Pág. 65.

²⁷⁸ Cfr. Discurso de instalación del foro “La protección del consumidor colombiano frente a la publicidad engañosa”, ofrecido por el Dr. Juan Carlos Henao Pérez, Rector de la Universidad Externado de Colombia, el 15 de noviembre de 2012. En AA.VV. Perspectivas del derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pág. 23.

permitió la atención a estas temáticas que a la postre resultaban “frívolas” frente a los aspectos de índole político²⁷⁹.

Dejando atrás lo ya mencionado, es dable precisar que el derecho de consumo se erige como un derecho de clase, más no como un derecho profesional, es decir, no es una rama del derecho tendiente a proteger a quien ejerce actividades mercantiles de manera profesional, sino a quien se ubica en el extremo opuesto de la relación, esto es, al consumidor, entendiendo por tal a quien debe procurarse bienes o servicios prestados por terceros, con el fin de satisfacer “*requerimientos humanos o domésticos, básicos o no, que tenga como individuo, familia, organización.*”²⁸⁰ Igualmente deberá considerarse que los regímenes de protección al consumidor, tal como su nombre lo indica, parten de reconocer al consumidor como la parte débil de la relación jurídica y que merece, por tanto, la protección del Estado a fin de minimizar los efectos derivados de la asimetría que se presenta entre las partes que acuden, en extremos opuestos, en una relación de consumo²⁸¹. Tales regímenes se integran, en consecuencia, por un conjunto normativo que toma partido por quien será considerado y tratado como “débil negocial”, por lo cual se rompe la neutralidad de las autoridades en sede judicial y legislativa frente a las partes contratantes, pero lo hace sin llegar a extremos tales que interfiera en la buena marcha de las relaciones comerciales, esto es, sin perjudicar el ejercicio del comercio, sino por el contrario contribuyendo a su depuración y fortalecimiento.²⁸²

Con base en lo anterior, se encuentran instituciones novedosas y claramente orientadas a brindar protección eficaz al consumidor, tales como la ruptura del tradicional principio “*res inter alios acta*” o principio de eficacia relativa de los contratos, lo cual permite que el

²⁷⁹ Con excepción de Venezuela que adoptó su régimen de protección al consumidor en 1974 y México en 1975, los demás países de la región lo hicieron con posterioridad de al menos, un par de décadas. Brasil en 1991; Argentina en 1993; Colombia tuvo un primer régimen del año 1982, pero solo se vería consolidado un verdadero sistema de protección al consumidor en el año 2011.

²⁸⁰ CORREA HENAO, Magdalena. El estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas. (pp. 79 – 158). En En AA.VV. Perspectivas del derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pág. 83.

²⁸¹ Para el caso colombiano cfr. Artículo 1º ley 1480 de 2011.

²⁸² VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 29.

consumidor reclame la efectividad de sus derechos frente a cualquier interviniente en la “cadena de consumo”, esto es, frente al productor, comercializador, expendedor, etc., aun cuando no exista vínculo contractual directo entre algunos de ellos y el consumidor final²⁸³. De otro lado, establece reglas claras de interpretación contractual, entre las cuales consagra un principio de favorabilidad²⁸⁴, una serie de condiciones negociales generales para los contratos de adhesión²⁸⁵, una definición legal del concepto de “cláusula abusiva” y la sanción de ineficacia de las mismas²⁸⁶, etc., medidas todas estas que no solo buscan equilibrar la balanza entre los contratantes, sino que además imponen límites a las posibilidades contractuales de las partes, bajo la observancia general de que las normas de protección al consumidor, se establecen como normas de orden público²⁸⁷.

Con el recuento anterior, se puede evidenciar como la contratación civil o estándar, pasa de ser una forma de contratación general, a ser una excepción en cuanto cede terreno frente a la comercialización del derecho privado; posteriormente es el derecho comercial el que cede terreno frente al surgimiento de los regímenes de protección al consumidor, pues hoy en día es claro que, si bien se realizan operaciones civiles y mercantiles, la mayor parte de operaciones negociales corresponden a relaciones de consumo. Con razón desde el año 1962, el presidente John Fitzgerald Kennedy²⁸⁸ afirmaría que *“más que ciudadanos, hoy en día somos consumidores”*.²⁸⁹

2.4. Estado social de Derecho y libertad de contratación.

²⁸³ Cfr. Entre otros, los artículos 6º, 10º, 20º, de la ley 1480 de 2011.

²⁸⁴ Art. 34 ley 1480 de 2011.

²⁸⁵ Arts. 37 y ss., ley 1480 de 2011.

²⁸⁶ Art. 42 y ss., ley 1480 de 2011.

²⁸⁷ Artículo 4º ley 1480 de 2011.

²⁸⁸ Citado por HENAO PEREZ, Juan Carlos. Op. Cit.

²⁸⁹ Hace referencia al discurso pronunciado el 15 de Marzo de 1962 en el que además afirmaría que los consumidores constituyen el grupo económico más afectado por las decisiones económicas, aunque también es el menos escuchado. En tal discurso formulaba como derechos básicos de los consumidores, los de seguridad, información y elección. Cfr. CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. Modelos Legislativos en materia de consumo en el Derecho Comparado. En AA.VV. Perspectivas del Derecho de Consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2013. Pág. 38.

Con la entrada en vigor del modelo denominado “Estado social de Derecho”, la libertad de contratación habría de sufrir importantes cambios en su concepción inicial, pues no podría ser entendida de manera igual bajo los postulados del Estado liberal de Derecho, amén de los cambios teórico-prácticos que el término genera.

Para una adecuada comprensión de lo anterior, es menester recordar que bajo el Estado de Derecho y a la luz de las influencias derivadas del ideario de Immanuel Kant, el Estado simplemente era concebido como un medio y condición para la realización de las libertades de los ciudadanos a través del derecho. En esta concepción, se entiende la libertad como una finalidad propia del Estado de Derecho, con una clara y marcada inspiración liberal.²⁹⁰

La anterior comprensión del Estado de Derecho, surge como resultado de la sumatoria de las garantías formales establecidas mediante la división de poderes y el principio de legalidad, y las garantías materiales orientadas a la defensa de los derechos y libertades del individuo. Era pues, el escenario propicio para la defensa y el ejercicio de los proclamados principios de igualdad y libertad, en un plano eminentemente teórico por entero diferente a las realidades sociales que mostraban grandes desigualdades, que se consideraban propias de un modelo de Estado de Derecho burgués.²⁹¹

Ahora bien, a los planteamientos filosófico-teóricos derivados del Estado liberal de derecho, habrán de sumarse los excesos generados por el acontecer económico durante la llamada “Revolución industrial”, los cuales conducen a la generación y rápida propagación de las desigualdades sociales. No en vano recuerda el profesor Ignacio Sotelo que los primeros decenios posteriores a la revolución industrial, se caracterizaron por un círculo secuencial de miseria, rebelión, represión.²⁹²

²⁹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos 10ª edición. Madrid – España. 2010. Pág. 221.

²⁹¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. Cit. 2010. Pág. 229.

²⁹² SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 156.

El término “Estado social de Derecho”, es acuñado por H. Heller en 1929, pretendiendo significar con él, por un lado, el intento por superar la diferencia existente entre la determinación jurídica de los derechos y la efectividad de su ejercicio por parte de la comunidad, y por otro lado, la superación de la vinculación jurídico-política del individuo al Estado, para ser ampliada además a una vinculación económica, social y cultural. No obstante el inicio del “constitucionalismo social” encuentra antecedente en la denominada Constitución de Queretaro, que correspondió al texto constitucional mexicano expedido en 1917, en el cual se hace efectivo reconocimiento a una serie de derechos sociales.²⁹³

El Estado social de derecho, está llamado entonces a ocuparse de las desigualdades surgidas en, o con ocasión, de los excesos del ejercicio de la libertad acaecidos durante la vigencia del Estado liberal de derecho, o mejor aún, está llamado a ocuparse de las libertades propiciadas por el Estado, bajo el entendimiento de que este nació para proteger la propiedad privada y con ella “la fuente de todos los males, la desigualdad social”²⁹⁴.

Ahora, si bien es cierto que los orígenes del constitucionalismo social y del término “Estado social del derecho”, se encuentran según lo indicado líneas arriba, no es menos cierto que el tránsito a esta novedosa forma de Estado se vio fuertemente impulsado con la expedición de los textos constitucionales de la segunda posguerra europea, en los cuales se establecieron una serie de fines materiales a cargo del Estado, en procura de realización de reformas sociales y económicamente justas. Lo anterior conlleva el abandono de la vetusta formula del *laissez faire*, por un renovado intervencionismo estatal²⁹⁵, que respetando las leyes del mercado, conduce a procurar el bienestar social²⁹⁶ y conduce igualmente al establecimiento de los elementos necesarios para lograr la transformación económico-social

²⁹³ Aunque en realidad la referencia solo corresponde a la incorporación de una serie de derechos en el texto constitucional, cuya eficacia ha sido considerada escasa, razón por la cual se estima que el antecedente histórico puede ser visto como válido parcialmente. Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio. Realización del Estado social y Constitución económica. En AA.VV. El Estado social y sus exigencias constitucionales. Director: Manuel José Terol Becerra. Editorial Tirant le Blanch. Valencia, 2010. Pág. 29.

²⁹⁴ SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 50.

²⁹⁵ No obstante habrá que recordar que el intervencionismo estatal es considerado junto con el sufragio universal y la incorporación de la mujer al trabajo, como una de las grandes aportaciones de la Primera Guerra mundial, a la construcción y consolidación del Estado social. Cfr. SOTELO, Ignacio. Op. Cit., Pág. 185.

²⁹⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. Cit. 2010. Pág. 230.

que permita la realización material de los ideales de libertad e igualdad. La comprensión del Estado social dentro de los parámetros expuestos, conduce a entender que la igualdad en él predicada, solo es posible mediante una distribución equitativa de la renta²⁹⁷, y además de las oportunidades de bienestar económico pues no de otra manera se supera el añejo precepto de la igualdad formal ante la ley, para pasar a la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico.

Vistas así las cosas, es claro que siendo la autonomía de la voluntad, y dentro de ella la libertad de contratación, derechos de carácter económico, se ven fuertemente impactadas por los cambios surgidos con ocasión del cambio - evolución si se quiere -, del modelo del tradicional Estado liberal de Derecho, al modelo de Estado social de Derecho; tales cambios se evidencian en la realización real y efectiva, esto es, material, de las pretensiones de libertad en el desarrollo de las tratativas contractuales y de igualdad entre las partes contratantes.

El cambio de modelo que representó dejar atrás el Estado de Derecho, para asumir la novedosa forma del Estado social de Derecho, representó entonces abandonar la antigua forma del “*laissez faire, laissez passer*”, y consecuentemente del “*laissez contracter*”, pues no puede dejarse de lado que el contrato representaba la forma más visible y característica del individualismo y correspondientemente, del ejercicio prácticamente ilimitado de la autonomía de los contratantes.²⁹⁸ De esta manera se da paso a la posibilidad de intervencionismo estatal con la finalidad de dar paso a nuevas concepciones de mayor contenido social que requieren restricciones a la libertad económica y a la libertad de contratación que pueden adoptar diferentes formas como las de economía planificada, o economía intervenida.²⁹⁹

²⁹⁷ URIARTE TORREALDAY, Roberto. La redistribución de la renta y el pleno empleo (Art. 40 CE). En AA.VV. Los principios rectores de la política social y económica. Javier Tajadura (Dir.). Editorial Biblioteca Nueva S.L. Madrid. 2004. Pág. 47.

²⁹⁸ SORO RUSELL, Olivier. Op. Cit. Pág. 159.

²⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 56.

2.4.1. Límites constitucionales en el Estado Social de Derecho.

Tanto la Constitución española³⁰⁰ como la colombiana³⁰¹, advierten en sus respectivos artículos primero, que adoptan la forma de Estado social de derecho, con lo cual se debe comprender que se han asumido, al menos, dos cambios fundamentales frente a lo establecido en los modelos estatales anteriores, a saber: i) se ha abandonado por ambos países la vetusta formula correspondiente al Estado legislativo, o Estado liberal de derecho, y; ii) el cambio de modelo pasa de ser un simple juego de palabras, o un ejercicio retórico³⁰², pues corresponde a un cambio profundo en el cual se determinan los fines y objetivos alrededor de los cuales se concentrará la actuación estatal y por supuesto, tal como se verá, las actuaciones privadas, considerando que no pueden ser ajenas a dicho desarrollo.

La jurisprudencia constitucional temprana en el contexto colombiano, al referirse al modelo de Estado social de Derecho adoptado en la constitución de 1991, refería:

“el precepto señalado presupone la conformación de unas nuevas dimensiones ideológicas y orgánico-institucionales del Estado que le permiten administrar servicios, coordinar procesos, regular bienes y adelantar la intervención necesaria en el campo económico y social con el propósito de asegurar la realización de los valores fundamentales de la vida social; además, éste nuevo cuerpo doctrinario

³⁰⁰ C.E. Art. 1.1. “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la igualdad y el pluralismo político”. Debe aclararse, eso sí, que la fórmula adoptada por el texto constitucional español ha sido objeto de fuertes e interesantes polémicas derivadas de la confluencia de los modelos de Estado democrático y de Estado social en el mismo texto que define el modelo de Estado adoptado por la Nación española. El debate radica en la consideración de que el modelo de Estado democrático es considerado como una forma divergente y alternativa al modelo de Estado social, lo cual no permitiría encontrarlos simultáneamente en un mismo texto normativo. Para mayor información respecto a este debate, Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. Cit. 2010. Págs., 237 y ss.

³⁰¹ Constitución Política de Colombia: Art. 1º. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa, y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

³⁰² ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 66.

permite a la sociedad en general, que oriente la superación del viejo esquema del Estado Liberal predominante durante casi todo el transcurso del siglo XIX”³⁰³

Ahora bien, resulta notoria la dificultad o “asincronía” que se hace presente al pretender irradiar los fines y propósitos establecidos para un modelo de Estado social, con la normatividad originada bajo la influencia y desarrollo de textos constitucionales propios del Estado liberal de Derecho, como para el efecto lo son los Códigos Civiles español y colombiano. Recuérdese para el efecto, que bajo el modelo del Estado liberal de Derecho, la dupla Código Civil – Constitución, eran vistos como un “par funcional”, que al contrario, bajo la vigencia del Estado social general una relación de tensión y confrontación.³⁰⁴

Tal asincronía puede resolverse por dos vías a saber: i) mediante la derogación de toda la legislación anterior a la vigencia de los textos constitucionales del Estado social, lo que históricamente se ha visto, resulta imposible, o; ii) mediante esfuerzos interpretativos correspondientes al modelo denominado de “interpretación conforme”, o mejor conocido como “*interpretatio secundum constitutionem*”. Dada la urgencia de aplicación de los postulados constitucionales y su vertimiento sobre las instituciones jurídico civiles, a fin de dar desarrollo a la denominada “Constitución económica”, es la segunda vía la que se ha impuesto, forzando una nueva comprensión, en lo que a nosotros interesa, del contrato, la libertad de contratación y los límites impuestos a la misma.

En efecto, tal como lo advierte la profesora Correa Henao³⁰⁵, la adopción del modelo de Estado social de derecho, conlleva a entender que se trata de un concepto de inmediata aplicación, que se erige en columna vertebral de todo el sistema jurídico y consecuentemente de la interpretación, no solo del texto constitucional en sí mismo, sino también de la totalidad del ordenamiento en procura de una realización efectiva, esto es real y no material, de la igualdad y la libertad.

³⁰³ Sentencia T-446 de 1992.

³⁰⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. Pág. 260.

³⁰⁵ CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. 2008. Pág. 101.

Así las cosas, la fórmula “Estado social de derecho”, irradia el estudio no solo de los principios y valores constitucionales fundamentales, sino también de las instituciones económicas comprendidas expresa o tácitamente en los textos constitucionales, tales como la libertad de empresa o la libertad de contratación, según lo explicado líneas arriba, pues en el decir de la Corte constitucional colombiana, no es posible *“interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”*.³⁰⁶

Con base en lo anteriormente expuesto y bajo la comprensión del Estado social de derecho como un modelo estatal centrado en la efectiva realización de los derechos fundamentales, es válido afirmar que la formula “social de derecho”, conduce a la reafirmación de la dignidad humana, a través del reconocimiento de una concepción formal y no simplemente material de la igualdad, de la libertad, de la solidaridad, etc., mediante las cuales se busca evitar que sean las fuerzas del mercado las que decidan la suerte de las personas o grupos poblacionales menos favorecidos.

Como resultado de las anteriores consideraciones, es comprensible que los desarrollos de la jurisprudencia constitucional colombiana hayan abordado el tema de los límites para el ejercicio de los derechos de contenido económico, bien sea mediante el establecimiento de nuevos topes que se suman a los introducidos con anterioridad por los textos legales, o incorporando nuevas limitaciones que garanticen la protección de los grupos o de los sujetos en condiciones de debilidad.

Idéntica situación ocurre en el constitucionalismo español bajo la consideración de que la constitución de 1978 representó no solo un cambio en los aspectos orgánicos, sino también, y en mayor nivel, en los aspectos dogmáticos, pues el nuevo texto constitucional, al igual que la mayoría de constituciones europeas surgidas durante la segunda posguerra, se

³⁰⁶ Sentencia T-406 de 1992.

caracterizó por la inclusión de una serie de principios y valores fundamentales, que en virtud de los mismos, dejaron de concebir la propiedad y la libertad como valores dignos de protección por sí mismos, sino que se los comprendía como bienes destinados a la realización de la justicia social y de los derechos fundamentales del hombre.

En tal sentido el profesor Luís Díez-Picazo, refiere que concepciones jurídicas de mayor contenido social, como las derivadas de la formula “Estado social de Derecho”, han determinado nuevas y variadas restricciones tanto a la libertad económica como a la libertad de contratación. Tales restricciones pueden darse de diferentes maneras, entre las cuales destaca en primer lugar, la denominada “economía planificada”, en la cual la producción y distribución de bienes y servicios tiene que ajustarse a directrices previas, y en segundo lugar el sistema de “economía intervenida”, de la cual dice, corresponde a la intromisión del Estado en la actividad económica para fijar ciertos fines que deben ser alcanzados, tales como los incrementos en la productividad, una mejor distribución de la renta, etc.³⁰⁷

Es en esta novedosa gama de límites a la libertad de contratación, y en los afanes de re-interpretación de las instituciones derivadas de las codificaciones surgidas bajo el imperio del Estado liberal de Derecho, que radica la esencia de la “teoría de los límites constitucionales a la libertad de contratación”.

³⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 56.

II PARTE

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN CONTEXTOS ESPECÍFICOS

1.1. Constitucionalización del Derecho

Se puede afirmar que la “constitucionalización del derecho”, surge como respuesta al hecho de que los contenidos de las “constituciones del Estado constitucional”, involucran a todas las autoridades - incluso al legislador - sujetándolos a la debida observancia y cumplimiento de los fines constitucionalmente perseguidos, pero además vinculándolos al desarrollo efectivo de tales fines; parafraseando al profesor Guastini³⁰⁸, la constitucionalización será el proceso de transformación del ordenamiento jurídico mediante la impregnación de las normas constitucionales. De tal manera, la constitucionalización del derecho se hace evidente entre otros, en: i) la apropiación de los derechos fundamentales por la población en general; ii) el establecimiento de acciones constitucionales tendientes a la protección de tales derechos; iii) la adopción de diferentes mecanismos de participación política; iv) el respeto de los contenidos constitucionales por parte de los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales³⁰⁹, etc.,

³⁰⁸ GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. 2005. Pág. 50.

³⁰⁹ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 229.

La antigua concepción del texto constitucional, en el cual se encontraban un sinnúmero de reglas formales que resultaban inconcluyentes o irrelevantes por su incapacidad de realización material, difiere entonces del nuevo esquema constitucional, que además de reglas incorpora el concepto de principios que permiten materializar el contenido del texto constitucional, a la vez que limitar el ejercicio del poder frente al derecho, mediante el uso de convenientes mecanismos de discrecionalidad judicial.

Con base en lo anterior, es fácil entender que la constitucionalización del derecho, no es una cuestión de todo o nada, sino que es una cuestión de grados³¹⁰, en la cual los extremos de supra-constitucionalización e infra-constitucionalización son igualmente nocivos, pues el primero de ellos conlleva a la devaluación del derecho ordinario frente al desbordado poder surgido de la absorción de todos los aspectos del derecho por la materia constitucional, en tanto que el segundo conlleva una minimización del poder constitucional, limitado solo a establecer la estructura del Estado. Citando a Bokenforde, el profesor Arango Rivadeneira³¹¹, advierte que:

“Los peligros que implica la constitucionalización del derecho – los cuales van desde la eliminación de la libertad mediante una Corte Constitucional paternalista hasta la instauración de un Estado judicial que elimina el Estado democrático de derecho (Bökenförde, 1992, 154) – no son incontenibles. El progreso de la teoría constitucional y la jurisdicción constitucional ejercida responsablemente permiten que la constitucionalización del derecho se mantenga dentro de los cauces necesarios para orientar la producción, interpretación y aplicación normativa sin eliminar las competencias reconocidas a las distintas autoridades, ni las libertades y derechos de las personas.”

1.2. Constitucionalización del Derecho de los contratos.

³¹⁰ GUASTINI; Riccardo. Op. Cit. Pág. 50.

³¹¹ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Op. Cit. 2004. Pág. 229.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho comentado líneas arriba, ha comprendido todas las áreas del derecho, lo cual por supuesto conlleva a entender que también ha abarcado al derecho privado, pese a la resistencia que ha generado tal fenómeno.

Gran parte de las críticas que se han planteado a la constitucionalización del derecho privado, y en especial al derecho de los contratos, radica en la consideración de que el intervencionismo estatal sume al Estado en un papel paternalista y caritativo, con las consecuencias socio-políticas que ello conlleva: *“un gobierno paternalista, basado en la benevolencia de un gobernante que trata a sus súbditos como niños... constituye la mayor forma de despotismo y destruye la libertad”*³¹². Las críticas así establecidas, se presentan bajo los mismos argumentos que en su momento recibió el fenómeno del dirigismo contractual. Al efecto habrá de recordarse que autores como Capitant y Ripert³¹³, planteaban fuertes reproches al fenómeno del dirigismo contractual, argumentando que el mismo conduciría a “la liberación del deudor” o “[a]l derecho de no pagar deudas”, o peor aún “[a]l régimen de la violación de los contratos”, Morin³¹⁴ incluso llegó a entender que con el dirigismo contractual operaría una desnaturalización tan completa del contrato que lo llevaría a desaparecer.

En tal sentido el destacado profesor Kalmanovitz, ha advertido:

“Los individuos libres toman sus decisiones y deben asumir responsabilidades por sus actos. Todo lo que se especifique en un contrato firmado por ellos deben cumplirlo. Deben pagar sus deudas, responder por sus obligaciones con su familia y contribuir para construir un Estado justo y fuerte. La palabra entregada del

³¹² KANT, Immanuel. Citado por KALMANOVITZ, Salomón. Constitución y modelo económico. En AA.VV. El debate a la Constitución. Universidad nacional de Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá. 2001. Pág. 118. .

³¹³ Citados por RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 161.

³¹⁴ Citado por RISOLIA, Marco Aurelio. Op. Cit. Pág. 167.

ciudadano lo obliga y tiene obligaciones que no sólo derechos. Sobre un comportamiento libre y responsable reposa la dignidad del hombre, que no tiene que esperar a que se la entregue un magistrado o un funcionario.”³¹⁵

No obstante, pese a las críticas arriba expuestas, desde la década de los años cincuenta del siglo XX, y con mayor fuerza desde los años setenta del siglo XX, se han impulsado fuertes pronunciamientos defensores de la posibilidad de impregnación de los valores constitucionales al derecho privado, en general, y al derecho de los contratos en particular, procurando extender por esta vía la eficacia de los valores constitucionales en todo tipo de relaciones privadas, huelga decir, a las relaciones de toda índole que se presenten entre los particulares, tales como las relaciones conyugales, familiares, negociales, etc.

La doctrina alemana sería la pionera de la discusión respecto de la forma como podría, al menos teóricamente³¹⁶, lograrse la eficacia iusfundamental de carácter horizontal, a partir de los estudios y planteamientos de Günter Dürig y Hans Carl Nipperdey, quienes defendían la eficacia de la aplicación de los derechos fundamentales *inter privatos* desde dos perspectivas diferentes.

El primero de los nombrados, Günter Dürig, propendía por la posibilidad de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales entre particulares (*Mittelbare indirekte*

³¹⁵ KALMANOVITZ, Salomón. Op. Cit. Pág. 120.

³¹⁶ Varios autores pretenden ubicar el inicio de la aplicación práctica de los valores constitucionales en los asuntos entre particulares en el ya muy conocido fallo *Lüth*, sin embargo, pese a que las consideraciones fácticas del referido caso efectivamente corresponden a un litigio entre particulares, no debe olvidarse que la actuación del Tribunal Constitucional alemán se dio frente a la decisión de los jueces de instancia y no frente al caso directamente. Con lo anterior, pese a la importancia que para la constitucionalización del derecho privado representa el antecedente, se debe considerar que el fallo *Luth* se enmarca dentro de la concepción tradicional del Estado de Derecho, esto es, la limitación de los poderes estatales – el poder judicial en el presente caso – frente a los particulares. De otro lado habría que considerar que bajo esta misma posición se desarrolla la postura crítica asumida por Schwabe, quien califica la “Drittswirkung” como un problema aparente, pues en su sentir, siempre la invocación de protección de los derechos fundamentales vincula órganos estatales, bien sea en sede legislativa o en sede judicial. Como resultado de lo anterior, no existirían obligaciones de los particulares nacidas del respeto de los derechos fundamentales, sino vinculación de los poderes estatales en la defensa de tales derechos. Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado. En AA.VV. Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Biblioteca Jurídica Dike. Universidad Javeriana. Bogotá. 2008. Pág. 146.

Drittwirkung), esto es, a través del *medium* de la ley, de la interpretación, o del principio de la buena fe. En tal sentido, siendo la ley la que desarrolla los derechos fundamentales, debe ser interpretada en la forma prevista por el legislador, tanto en cuanto a su contenido y alcances, como en sus límites, pero además toda la legislación existente debe ser interpretada de conformidad al sentido de los derechos fundamentales.³¹⁷ El enfoque de Dürig respecto de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales procuraba salvaguardar tanto la autonomía privada como la independencia del derecho privado, estableciendo que los derechos fundamentales solo pueden influir mediante las denominadas “cláusulas integrales”, las cuales correspondían a disposiciones legales formuladas con tal amplitud que su fundamentación se haría ante los tribunales correspondientes.³¹⁸

Nipperdey, por su parte, abogaba desde 1950 por la posibilidad de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*Unmittelbare, direkte Drittwirkung*)³¹⁹ esto es, al margen del desarrollo legislativo, lo que conduciría a que los jueces ordinarios apliquen directamente los derechos fundamentales en la resolución de los casos puestos a su consideración, en tal caso, las normas que consagran derechos fundamentales no serían meros parámetros de interpretación, sino normas de regulación social³²⁰ que cobran aplicación inmediata, independiente del desarrollo legislativo que hubieren sufrido.

De otro lado, en publicación del año 1966, el profesor español Jaime Santos Briz³²¹ planteaba que la consideración de los derechos fundamentales como principios básicos de

³¹⁷ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. Cit. Pág. 140.

³¹⁸ SCHÜTTE, Beatrice. The influence of constitutional law in German contract law: Good Faith, Limited party autonomy in labour law and control of contractual terms. En En. AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017 Pág. 225.

³¹⁹ Cfr. Nota al pie No. 29 en ESTRADA, Alexei Julio. Los tribunales constitucionales y eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. (Pp. 121 – 157). En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM. 2007. Pág. 130.

³²⁰ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. Cit. Pág. 138.

³²¹ SANTOS BRIZ, Jaime. Op. Cit. Pág. 17.

una sociedad justa y libre, no podía limitarse a la relación de los particulares con el Estado, sino que debía estar presente en la relaciones de los sujetos de derecho entre sí, advirtiendo que tal eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, se desprendería incluso, desde la Constitución Directorial del 22 de Agosto de 1795, resultante de la revolución francesa, en la cual se lee: “*Nadie es un buen ciudadano si no es un buen hijo, un buen padre, un buen hermano, un buen amigo y un buen cónyuge*”, a lo que el profesor Santos Briz, añade, “*y un buen contratante*”.

Cabe advertir sin embargo, que los postulados del profesor español se inclinaban más a la posición de eficacia indirecta defendida por Günter Dürig, pues al decir del profesor Santos Briz, aplicar los valores o principios constitucionales, sin disposición expresa para el efecto, resultaría ser excesivo.³²²

En el contexto del derecho contemporáneo, y como uno de los actuales defensores y principales exponentes de las ideas de expansión de los valores constitucionales a las relaciones entre particulares, es decir de la constitucionalización del derecho privado, se destaca el célebre jurista italiano Luigi Ferrajoli³²³, quien ha logrado, con éxito podría decirse, establecer una adecuada justificación a la constitucionalización del derecho privado. El planteamiento del profesor Ferrajoli, inicia por establecer que no se visto la misma intensidad en el fenómeno de constitucionalización del derecho privado como ha ocurrido con la constitucionalización del derecho público y que no existe justificación para ello.

En efecto, se debe partir de considerar al Estado de Derecho como una expresión emblemática, que representa cómo los poderes públicos, esto es, los poderes que encabezan el Estado, pueden ser sujetos de reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir abusos que atenten contra los derechos fundamentales; sin embargo tal expresión carece de

³²² SANTOS BRIZ, Jaime. Op. Cit. Pág. 19.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo del derecho privado. En Democracia y Garantismo. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Segunda edición. 2010. Págs. 293 a 302.

sentido en cuanto a poderes privados refiere. En tal orden de ideas, según el ilustre tratadista, la sociedad civil y el mercado se tornan en el imperio de las libertades y autonomías.

Para evitar lo anterior, según propone el profesor Ferrajoli, debe ampliarse el concepto de “Estado de derecho”, en un espectro tal, que no solo restrinja los derechos públicos sino también los derechos privados, sujetándolos en su funcionalización, para una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Recuerda que *“todo el artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de derecho, como técnica de minimización del poder”*³²⁴ y que los poderes privados no deben encontrarse exentos a tales mecanismos de minimización, evitando de esta manera todas las formas de opresión que se desarrollan en los ámbitos eminentemente privados, tales como el ámbito familiar, empresarial, de dominio económico, etc. La falta de regulación, o si se quiere, de regulación adecuada de estas formas privadas de poder, conllevan a que tomen la forma de poderes absolutos, por lo cual se requiere una mayor articulación del Estado de derecho que permita establecer mayores límites y vínculos normativos frente a los poderes de los ciudadanos. Con lo anterior, se logra la minimización de los poderes privados, a la vez que la maximización de la libertad, igualdad y del valor de las personas, *“sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de derecho”*³²⁵.

Visto lo anterior, debemos entender que el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, procura un mecanismo eficaz para eliminar, o al menos morigerar, las relaciones verticales y por ende asimétricas, que están presentes en las relaciones privadas; lo anterior, frente al derecho de los contratos debe entenderse como la búsqueda de la igualdad entre los contratantes o la búsqueda de la tan anhelada simetría contractual.

Siendo así las cosas y aceptándose la propuesta del profesor Ferrajoli – como sin duda se ha aceptado – la eficacia de los derechos fundamentales no se reclamaría solamente en las

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2010. Pág. 298.

³²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2010. Pág. 302.

relaciones entre el Estado y los particulares, sino que además se haría presente en las relaciones horizontales, esto es, entre particulares, erigiéndose, según lo expresado en la presente investigación, como una forma de dirigismo contractual a cargo del juez constitucional.

1.3 Constitucionalización del derecho en Colombia y España.

Para el caso colombiano, resulta indudable que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, nuestro país ha adoptado la forma de Estado Constitucional, contrario al añejo modelo de Estado legislativo. Hoy en día no podría negarse la carta constitucional colombiana se erige en fuente principal de reconocimiento de derechos con vocación de aplicación directa, es decir, aplicación que no requiere del *médium legislativo*, sino que le basta su reconocimiento a nivel constitucional.³²⁶

La comprensión del texto constitucional de 1991 como una Constitución de aplicación judicial directa, es el resultante de la introducción al ordenamiento jurídico de conceptos que resultaron novedosos en cuanto a su contenido y eficacia, como el de derechos fundamentales, entendidos como *“la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho”*, como lo expresa Perez Luño³²⁷ o como *“Derechos humanos liberales del individuo”*, como los entiende Carl Schmitt.³²⁸ De igual manera se ha hecho evidente que a partir del cambio constitucional experimentado por Colombia a partir de la llamada “Constitución del 91”, todo el proceso de producción e interpretación legislativa se sujeta al texto constitucional, haciendo que todo proceso de interpretación de textos legales surgidos con anterioridad se sometan a mecanismos de “interpretación conforme”, que permiten asegurar el desarrollo

³²⁶ MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. La constitucionalización del derecho de los contratos privados en Colombia. Editorial Universitaria. Universidad de Nariño. 2014. Pág. 67

³²⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1998. Pág. 43.

³²⁸ Citado por ALEXY, Robert. En “Tres escritos sobre los Derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. S.f. Pág. 24.

constitucional, y finalmente, se observa un mayor ejercicio en tareas de control judicial³²⁹, que han permitido que se afirme, con razón, que *“la justicia constitucional ha pasado a ser la instancia más visible de la justicia para el ciudadano corriente, y a través de fallos activistas tanto en control de constitucionalidad como en acciones de protección de derechos, ha pasado a ser un actor protagónico en la vida institucional del país.”*³³⁰

De otro lado, es menester considerar como parte esencial del proceso de constitucionalización, el modelo de Estado adoptado en el texto constitucional colombiano de 1991. El artículo primero de la carta política refiere que la República de Colombia se define como un “Estado Social de derecho”, fórmula que determina los fines y objetivos alrededor de los cuales se concentrará la actuación estatal y por supuesto, tal como se verá, las actuaciones privadas, considerando que no pueden ser ajenas a dicho desarrollo.

La Corte constitucional colombiana ha entendido que a partir de lo expresado en la fórmula que establece el modelo de Estado adoptado, se debe entender que toda institución o procedimiento plasmado constitucionalmente no puede ser interpretado por fuera de los fines y objetivos perseguidos en los principios y derechos fundamentales. Al respecto ha dicho:

“El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han

³²⁹ MUÑOZ AGREDO, Mario Fernando. Op. Cit. Pág. 68

³³⁰ UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ C. César, GARCÍA, Mauricio. Justicia, democracia y violencia en Colombia: La evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ C. César, GARCÍA, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, Derechos sociales y democracia en Colombia. Grupo Editorial Norma S. A. Bogotá 2006. Pág. 299.

tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

En síntesis, la Constitución esta (sic) concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.”³³¹

Posteriormente la misma corporación ha establecido una fuerte relación entre la fórmula correspondiente al “Estado social de derecho”, y la realización efectiva de los principios de solidaridad y dignidad humana, entendidos como principios fundantes del Estado social de derecho. En efecto, la Corte constitucional colombiana ha manifestado:

“El carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de Derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana.

³³¹ Sentencia T-406 de 1992.

La dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira”³³².

En el contexto español igualmente se puede evidenciar que se cumplen los elementos que permitirían describir el ordenamiento jurídico español como un ordenamiento constitucionalizado. Para el efecto, téngase en cuenta en primer lugar, que el texto constitucional ibérico se corresponde con el de una Constitución rígida, pues su reforma solo es posible a través de un procedimiento complejo que exige mayorías cualificadas en las Cortes; adicionalmente consagra un principio de jerarquía normativa que otorga en un lugar preeminente a la Constitución, asegurando de esta manera la garantía jurisdiccional de la Constitución; igualmente existe consenso en cuanto a la vocación de aplicación directa de la constitución, tal como se desprende de lo dicho por el artículo 53.2 del texto constitucional español, y tampoco cabe discusión alguna sobre la aplicación del principio de interpretación conforme mediante el cual toda la legislación anterior y posterior al surgimiento del texto constitucional, debe ser interpretada de conformidad a los postulados derivados del texto de la carta superior.

En tal orden de ideas, es claro que el proceso de constitucionalización del derecho en España, surge a partir de la expedición de la constitución de 1978 y del establecimiento de su consecuente Tribunal Constitucional, siguiendo la ola de constituciones de posguerra surgidas en territorio europeo.³³³ Las características comunes de las nuevas constituciones, que determinaban a la vez, la constitucionalización de sus ordenamientos jurídicos y que recogen las características arriba descritas, radicaban en tres aspectos centrales: i) El reconocimiento de la fuerza normativa del texto constitucional; ii) la creación de una jurisdicción constitucional, y; iii) el desarrollo de una nueva dogmática constitucional. Con base en lo anterior, el profesor Alfaro Águila-Real estima que no es exagerado entender que

³³² Sentencia T-505 de 1992

³³³ Sus antecedentes mediatos serían a saber, la expedición de la ley fundamental de Boon (Constitución alemana de 1949) y el surgimiento del Tribunal Constitucional federal en 1951; la constitución italiana de 1947 y la creación de su Corte Constitucional en 1956 y, el surgimiento de la corte constitucional portuguesa de 1982.

el surgimiento de la Constitución de 1978 ha constituido la alteración más profunda y generalizada que han sufrido todos los sectores del ordenamiento español desde la época de la codificación.³³⁴

1.3.1. El sistema de acceso a la justicia constitucional.

Todo lo predicado líneas arriba sobre la efectividad de los derechos emanados de la constitución frente a los particulares no sería posible sin la existencia de un mecanismo ágil, eficaz e idóneo para el efecto. Es por ello que la misma carta constitucional colombiana estableció en su artículo 86, la “acción de tutela” como mecanismo que permite a los ciudadanos reclamar ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, de aplicación solo cuando el interesado carezca de otro medio de defensa judicial de sus intereses, o cuando se requiera evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al decir del profesor colombiano y exministro de justicia Juan Carlos Esguerra Portocarrero³³⁵, la acción de tutela se enmarca dentro de las siguientes características: i) Es una acción, entendida como el mecanismo que permite al titular de un derecho fundamental amenazado, demandar y obtener protección del Estado. Adicionalmente debe ser entendido como un mecanismo autónomo, toda vez que puede ser utilizado con independencia de cualquier otra actuación judicial; ii) Es de carácter privado, toda vez que persigue la defensa de un derecho subjetivo de carácter particular; iii) Es una acción de carácter subsidiario y suplementario, pues como se desprende del mismo artículo 86 de la carta constitucional, la acción de tutela solo procede cuando no se disponga de otro medio efectivo para la defensa de un derecho fundamental o cuando se requiera una acción rápida y eficiente para evitar perjuicios mayores que de otra manera, se tornaría irremediable; iv) Es una acción dotada de sencillez e informalidad, pues por definición del artículo 86

³³⁴ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomía privada y derechos fundamentales. Anuario de Derecho Civil. Vol. 46, Año 1993, número 1. Pág. 57.

³³⁵ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Editorial Legis. Bogotá 2004. Págs. 118 y ss.

superior, la acción debe ser sencilla, rápida e informal. Esta característica conduce a que la “acción de tutela” surja como un mecanismo accesible a todos los ciudadanos y desprovista de todo tipo de sofisticación jurídica, de requisitos previos, o formalidades procesales que la hicieran engorrosa; v) Es una acción que puede seguirse ante cualquier Juez de la República, sin importar el grado que ocupe en la Jerarquía judicial o la especialización de su actuación ordinaria, pues la carta constitucional colombiana erigió a todos los jueces, sin distinción alguna, como agentes de tutela, o para el efecto, como jueces constitucionales, ratificando así en tales funcionarios su condición de garantes del Estado de derecho, ajenos a los devenires de la política tradicional.

Los profesores Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, comparten las características descritas por el profesor Esguerra Portocarrero, concluyendo que las mismas hacen de la acción de tutela un instrumento atractivo y original en derecho comparado, pues simultáneamente se presenta como un mecanismo de protección constitucional y una tentativa por lograr una justicia rápida y asequible a los ciudadanos, de lo cual se desprenden las virtudes democráticas de esta acción, que entre otras, son, a saber, el haber facilitado el acceso a la justicia y permitir la aplicación práctica de la Constitución³³⁶. Todo lo anterior, justifica plenamente las palabras del profesor Chinchilla³³⁷, cuando califica la acción de tutela como “el más formidable, urgente e irresistible mecanismo judicial con que se garantiza un derecho” en el ordenamiento jurídico colombiano.

Todo lo anterior permite entender entonces que el acceso a la justicia constitucional, en el contexto jurídico colombiano, es fácil, rápido, económico y confiable, permite a los ciudadanos procurar la protección efectiva de sus derechos fundamentales tanto frente al Estado, como frente a otros particulares cuando consideren que se han visto afectados por actuaciones de unos y otros. Así se habría facilitado en gran manera la

³³⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La reforma a la Tutela: ¿ajuste o desmonte?. En UPRIMNY, Rodrigo. RODRÍGUEZ C. Cesar, GARCÍA, Mauricio. Op. Cit. Pág. 478.

³³⁷ CHINCHILLA HERRERA, Tulio. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Editorial Temis. Segunda edición. Bogotá Colombia, 2009. Pág. 1.

constitucionalización del derecho privado en general, y la constitucionalización de los conflictos contractuales en particular, tal como se verá a continuación.

La constitucionalización del derecho privado en el contexto español, presenta características especiales, que conllevan a entender que si bien la irradiación del texto constitucional en las relaciones *inter privatos* se ve muy firme en el plano teórico, no ocurre así en el plano de la aplicación práctica en razón de los procedimientos de acceso a la justicia constitucional que se han adoptado.

Lo anterior se puede observar, por ejemplo, en lo manifestado por el profesor Pietro Perlingieri, quien respecto al fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado español, ha considerado que el cambio de paradigma constitucional conlleva a situar a la persona humana en un lugar preponderante que determina la subordinación del Estado a la realización de valores fundamentales y superiores presentes en la Constitución. De tal manera se puede proceder a observar de manera diferente ciertas instituciones del Derecho civil, y del derecho privado en general, pues toda norma contenida en la codificación civil debe ser vista e interpretada a la luz del texto constitucional.

En palabras del multicitado profesor Perlingieri *“el civilista debe hacer referencia a la Constitución no solo cuando falta la ley ordinaria o la costumbre, sino también cuando se halle presente. En efecto, el civilista en su actividad hermenéutica debe recurrir siempre de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional, ya que estos mismos son el fundamento de las variadas instituciones del Derecho civil”*.³³⁸

El ilustre profesor español Luís Prieto Sanchís, a su turno, manifiesta que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, conlleva a entenderlos como un sistema de valores que otorga “contenidos básicos” a todo el ordenamiento y que en tal sentido, surge el

³³⁸ PERLINGIERI, Pietro. Por un Derecho civil constitucional español. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, año 1983, número 1. Pág. 10.

imperativo de interpretar cualquier norma del modo más conveniente a la realización y efectividad de los derechos fundamentales, lo cual comprende, por supuesto, la interpretación de los negocios jurídicos³³⁹.

No obstante los anteriores pronunciamientos, y otros similares, - referentes siempre al principio de interpretación conforme -, no existe en el contexto español un precepto constitucional o jurisprudencial que efectivamente proclame la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en general, ni en las relaciones contractuales, en particular.³⁴⁰

Ello ocurre así bajo el entendido de que en el contexto ibérico, la *Drittwirkung*, esto es la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones privadas, obedece más a una suerte de creación doctrinal,³⁴¹ que a un mandato constitucional o jurisprudencial. Más aún, se ha llegado a considerar que la *Drittwirkung* se ha tornado a nivel jurisprudencial, en “un problema disuelto y no resuelto”³⁴² habida consideración de la difícil y oscura interpretación que se ha hecho no del artículo 53 constitucional, sino de los artículos 41.2 y 44.1 de la LOTC.

En efecto, ha de considerarse que si bien es cierto que el artículo 53 de la carta constitucional española no establece límite alguno respecto del alcance del recurso de amparo frente a las relaciones entre particulares, tales limitaciones surgen de los artículos 41.2 y 44.1 antes referidos, por lo cual es menester entender que las limitaciones frente al

³³⁹ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 1990. Pág. 211.

³⁴⁰ Coincidiendo con lo expuesto por el profesor Prieto Sanchís, habría que advertirse que si bien es cierto que no existe base textual en la CE que extienda la eficacia de los derechos fundamentales a los particulares, tampoco existe dicha base en el sentido de excluir la eficacia de tales derechos en las relaciones entre particulares. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 1990. Pág. 210. En el mismo sentido LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada. La prohibición de discriminación y su incidencia en la contratación privada. En AA.VV. Autonomía privada y límites a su libre ejercicio. Colección: Crítica del derecho, Sección: Derecho vivo 50, Director: José Luís Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada 2016. Pág. 105.

³⁴¹ GARCÍA TORRES, Jesús. JIMENEZ BLANCO, Antonio. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Civitas S.A., Madrid 1986. Pág. 47.

³⁴² GARCÍA TORRES, Jesús. JIMENEZ BLANCO, Antonio. Op. Cit. Pág. 97.

alcance de la protección de los derechos fundamentales por vía de amparo, son limitaciones de carácter legal y no constitucional.³⁴³

Tales artículos de la LOTC hubieron de ser interpretados en cuanto el Tribunal Constitucional español asumió el estudio de la Ley 62 de 1978, y al respecto, en sentencia 18/84 refirió claramente, que el titular de los Derechos Fundamentales puede hacer valer los mismos y procurar su defensa, en cuanto tales derechos se vean vulnerados, sin encontrar limitación alguna por razón del sujeto autor de la lesión, pues reconoció que no solo se es titular de dichos derechos en relación con los poderes públicos, sino que también se es titular de dichos derechos en la vida social. No obstante reservó el recurso de amparo como mecanismo aplicable únicamente en cuanto han sido los poderes públicos quienes los han violado, es decir, a la luz de lo dispuesto por el artículo 41.2 de la LOTC, es requisito para acceder al amparo que las violaciones a los Derechos Fundamentales denunciadas provengan de “disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial o corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”³⁴⁴

Posteriormente la regla anterior sería ratificada con mayor claridad aún, mediante la sentencia STC 177/1988, en la cual el Tribunal Constitucional español refiere que:

“ciertamente el art. 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios (...). De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre

³⁴³ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 1990. Pág. 211.

³⁴⁴ Situación que no es extraña en el contexto español, pues encuentra antecedentes en art. 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933.

particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar el principio constitucional de no discriminación, como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igual trato”³⁴⁵

Con lo visto líneas arriba, pareciera claro entonces que en el contexto jurídico-constitucional español no es posible sostener la idea de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre los particulares, sino que se habría optado por un esquema de eficacia indirecta; con base en lo anterior podría afirmarse que el tema de la *Drittwirkung* en el contexto español es un tema cerrado, aun cuando no de manera pacífica, pues si bien siempre existió aparente consenso en cuanto a la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no ocurría lo mismo en cuanto al método,³⁴⁶ es decir, habían quienes asumiendo una posición minoritaria, abogaban por la efectividad del recurso de amparo en tales relaciones³⁴⁷, obviamente la posición que defendían fue tempranamente derrotada y ya hoy en día no se pone sobre la mesa la cuestión.

Así las cosas, el tema parece ya suficientemente estudiado y ahora ya indiscutido, pues el auge de los pronunciamientos doctrinales que defendía la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en los conflictos entre los particulares, se sucedió durante la década de los años ochenta del siglo pasado.

Las conclusiones parecían claras: i) los derechos fundamentales sí tienen efectividad en las relaciones entre particulares; ii) dicha eficacia no implica *per se*, la aplicación del recurso de amparo como remedio procesal en los casos de violación de los derechos fundamentales en tales relaciones.

³⁴⁵ Sentencia STC 177 del 10 de Octubre de 1988. Se cita en extenso considerando la importancia y claridad con que se refiere al tema objeto de estudio.

³⁴⁶ GARCÍA TORRES, Jesús. JIMENEZ BLANCO, Antonio. Op. Cit. Pág. 42.

³⁴⁷ En tal sentido se pronunciarían, entre otros, PECES-BARBA, Gregorio, Derechos Fundamentales. Madrid. 1983. Pág. 216.

No obstante, según el profesor Bilbao Ubillos, la interpretación del artículo 41.2 LOTC, que desata la controversia comentada, podría descansar en dos hipótesis diferentes así: i) entender que por vía legislativa se ha adoptado una determinada concepción de los derechos fundamentales que no admite su eficacia frente a los particulares; ii) asumir que por razones de orden práctico y no teórico, se deben distinguir las violaciones a los derechos fundamentales en razón a su autor, evitando por vía de aquella distinción, un posible evento de congestión judicial desarrollado a partir de la posible avalancha de demandas que la jurisdicción constitucional, no estaría en capacidad de soportar.³⁴⁸

Cualquiera de las hipótesis expuestas parece quedarse corta frente a la explicación de por qué no se extendió el recurso de amparo constitucional a las violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de las actuaciones privadas en general, y en particular de aquellas provenientes de relaciones contractuales, considerando que hoy en día, tal como se ha expuesto a lo largo de todo el trabajo, los poderes privados efectivamente representan una amenaza para el efectivo disfrute de los derechos fundamentales. Si bien la protección de los mismos se garantiza a través de las acciones ordinarias, estas a su turno no garantizan la inmediatez de reacción, ni la irradiación de la decisión tal como podría surgir mediante el recurso de amparo constitucional.

Con base en lo expuesto, surge una tercera hipótesis, expuesta por el profesor Rafael Naranjo de la Cruz, quien refiere que la *Drittwirkung* mediata se funda, para el caso de las relaciones entre particulares, en la protección de la autonomía de la voluntad como motor del tráfico jurídico y del Derecho Privado en general, es decir, “*aceptar la intervención directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares pondría en grave peligro dicha autonomía y, con ella, la simple viabilidad del concepto de tráfico jurídico.*”³⁴⁹

³⁴⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares. Análisis de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1997. Pág. 100

³⁴⁹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La buena fe. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000. Pág. 173.

Sean como quiere que fueren las cosas, queda claro que en el contexto español las conductas de los particulares que resulten lesivas de un derecho fundamental, sólo serán de conocimiento de los jueces y tribunales ordinarios, y en ningún caso se podrá acudir a la jurisdicción constitucional; excepcionalmente, bajo la luz del artículo 44 LOTC, los conflictos entre particulares en los que se ha afectado un derecho fundamental, podrían ser conocidos por la justicia constitucional, en cuanto los jueces y tribunales ordinarios no hayan dado solución efectiva a dicha afectación, pero es claro que en tal supuesto, la acción se dirige en contra del juez o tribunal que no ofreció el remedio adecuado y no en contra de quien provocó la violación del derecho correspondiente. Es la aplicación de la llamada “finta alemana” que se concreta en la imputación al juez ante quien se tramita el asunto *inter privatos*, de la violación del derecho fundamental.³⁵⁰

Vista la limitación procesal que se ha impuesto para que el Tribunal Constitucional avoque el conocimiento de los caso de violaciones de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es fácil entender que sea mínimo, por no decir nulo, el pronunciamiento de dicho Tribunal en tales casos de violación de derechos fundamentales, siendo en consecuencia, limitado también el número de precedentes que permita establecer regla alguna respecto de los límites a la libertad de contratación o a la autonomía de la voluntad.

No obstante, la doctrina civil-constitucional española, considera que el proceso de constitucionalización del derecho privado, es una realidad que descansa en “los valores que se encuentran detrás de los derechos fundamentales, que les sirven de base, y cuya concreción da lugar a los derechos públicos subjetivos previstos constitucionalmente.”³⁵¹ Lo anterior bajo la idea de que los derechos responden a una sistema de valores y principios de alcance universal que informan todo el ordenamiento jurídico español, tal como lo advierte el Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de la sentencia STC 21/1981.

³⁵⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. Pág. 135.

³⁵¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 175

Lo anterior conlleva a entender que la Constitución ha establecido un sistema de valores que encuentra su eje en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, principios estos que irradian las denominadas cláusulas generales, tales como el orden público, las buenas costumbres, la buena fe, etc.,³⁵² y que se erigen en el medio a través del cual se filtran los valores constitucionales que sirven de base a los derechos fundamentales, permitiendo por esta vía canalizar la incidencia de los mismos en las relaciones particulares.³⁵³

El profesor Ángel M. López y López, identifica en tal sentido, una serie de normas constitucionales que, en su parecer, configuran la disciplina del contrato³⁵⁴. Entre tales normas, se destacan las que el autor citado denomina “normas de carácter general”, que inciden sobre cualquier actividad de los particulares por ser portadoras de valores; tales normas corresponden a aquellas que se desprenden de la concepción de Estado social de Derecho, el principio de respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad. Adicionalmente se deben considerar aquellas normas relativas a la regulación de la actividad económica de los particulares, la regulación de la libertad de empresa y la protección de los consumidores.³⁵⁵

No obstante lo anterior, la irradiación del sistema de valores de origen constitucional sobre las instituciones jurídico-civiles, genera una chocante relación que se traduce en la obligación de articulación de un Código de inspiración liberal con la Constitución de un Estado Social.³⁵⁶ La diferencia entre los esquemas expuestos, como es bien sabido,

³⁵² Cabe precisar para efectos de comprender lo anterior, que se debe diferenciar los principios - valores constitucionales, de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales. En el parecer del profesor Ángel M. López y López, los principios constitucionales son reglas que expresan los valores constitucionales y pueden estar formulados concretamente en normas constitucionales o pueden deducirse de ellas. Para los efectos que aquí nos interesa, sirven como cánones de interpretación jurídica. Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel María. Op. Cit. Nota al pie No. 4 Pág. 256.

³⁵³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 178.

³⁵⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 628.

³⁵⁵ Comprende entre otros, los artículos 1, 10, 14, 33, 38 y 51 de la Carta constitucional.

³⁵⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. El derecho civil entre tradición histórica y constitución política. Colección panoramas de Derecho. Universidad de Sevilla. Thomas Reuters Aranzadi. Sevilla, 2016. Pág. 45.

descansa en el centro de gravedad de uno y otro modelo de Estado. El Estado de derecho liberal, colocaba al individuo en el centro de la vida social, y dejaba al Estado como el encargado de garantizar al individuo el ejercicio de las libertades y de preservar el lugar central que ocupaba; en el Estado Social, entendido como un producto de las transformaciones de la sociedad industrial y postindustrial avanzada, se busca neutralizar las desigualdades, conservando el Estado de Derecho, para lo cual se dota a este último de un contenido social, conllevando así a una modificación sustancial en el papel del Estado frente al individuo, pues ya no se dirigirá más a asegurar las libertades individuales, sino que además deberá dirigirse a corregir las desigualdades mediante la formulación jurídica – o re-formulación- del principio de igualdad en su sentido sustancial.³⁵⁷

Esto es lo que ha conducido a que la *Drittwirkung* sea considerada como un pavoroso problema, que lo es más cuando se advierte que frente a la “traba” procesal derivada de la regulación del recurso de amparo, deja el acoplamiento de la normatividad civil y constitucional, en manos de jueces y tribunales ordinarios y no en manos del Tribunal Constitucional.

Vistas así las cosas, puede evidenciarse una diferencia sustancial en los procesos de constitucionalización de los litigios contractuales en los contextos jurídicos colombiano y español respectivamente, de manera tal que podríamos afirmar, sin lugar a dudas, que mientras el sistema jurídico-constitucional español ha optado, por el modelo de eficacia mediata propuesto por Günter Dürig, o si se prefiere, por el profesor español Santos Briz, el sistema jurídico-constitucional colombiano ha optado por el modelo de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares propuesto por Nipperdey, pues tal como se ha visto este proceso de constitucionalización del derecho privado se ha dado vinculando efectivamente a los particulares mediante sus actuaciones privadas, a la realización efectiva de los fines estatales derivados de la formula correspondiente al “Estado social de derecho”, y por ende haciéndolos participes activos de la realización de los principios de dignidad humana, solidaridad e igualdad.

³⁵⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 127.

1.4. El impacto del modelo colombiano de constitucionalización en la libertad de contratación.

El sistema de acceso a la justicia constitucional en el modelo adoptado en el contexto jurídico colombiano, ha originado un intenso proceso de constitucionalización del derecho privado con un gran impacto en todas las áreas que comprende al mismo. No obstante, hemos de considerar que hablar de constitucionalización del derecho privado es hablar de constitucionalización de la autonomía de la voluntad en todas las variedades de libertad que comprende dicho término.³⁵⁸

En materia del derecho de los contratos, el proceso de constitucionalización ha generado dos etapas claramente demarcadas e identificables; en primer lugar se ha dado tanto por vía de aplicación indirecta de los postulados constitucionales (*Mittelbare indirekte Drittwirkung*), lo que en la doctrina nacional ha dado en denominarse “sistema dúctil” o “primario” de constitucionalización de disputas contractuales³⁵⁹. Este periodo inicia a partir de la sentencia T-594 de 1992, en la cual la Corte Constitucional colombiana considera que las diferencias surgidas a partir de las discrepancias en la interpretación o ejecución de un contrato no constituyen materia que pueda resolverse con la intervención del juez constitucional mediante la acción de tutela, por cuanto quien se considere perjudicado o amenazado a consecuencia de las diferencias contractuales, goza de otros medios judiciales para su defensa, y que para el efecto sería el derecho y los procedimientos aplicables ante los jueces ordinarios.

³⁵⁸ La única excepción a la tal afirmación, se presentaría en la institución de la familia (no del matrimonio), la cual ha sufrido modificaciones mediante sentencias de constitucionalidad de la legislación civil y mediante sentencias de amparo, llegando al extremo de no encontrar fácilmente coincidencias entre la familia originalmente regulada por la normatividad civil colombiana, frente a la realidad presentada en la actualidad. Las importantes modificaciones realizadas a la institución familiar le han permitido constituirse en el núcleo esencial de la sociedad de manera real y efectiva, llevando a establecer la igualdad de sus miembros. Los cambios correspondientes se han presentado a partir del desarrollo que se ha dado a los conceptos de pareja, mujer e hijos.

³⁵⁹ CALDERON VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización de las controversias contractuales. En AA. VV. Los contratos en el Derecho privado. Editorial Legis. Bogotá 2008. Pág. 753.

No obstante lo anterior, la posición así asumida por el juez constitucional, pronto habría de cambiar dando paso a la aplicación directa de los postulados constitucionales en litigios contractuales de naturaleza privada (*Unmittelbare, direkte Drittwirkung*), protección que ha encontrado respaldo en cuanto la Corte Constitucional colombiana ha reconocido que la defensa y protección de los derechos fundamentales no recaen exclusivamente frente al poder estatal, sino frente a toda forma de poder presente en la sociedad, lo cual comprende, por supuesto, la posibilidad de amparo ante las amenazas surgidas de las actuaciones de los particulares.

Esta segunda etapa de protección de los derechos fundamentales frente a amenazas de terceros surgidas con ocasión de relaciones contractuales, inicia a partir de la sentencia T-351 de 1997, en la cual la Corte Constitucional considera que en atención a lo dispuesto por el artículo 86 de la Carta constitucional, y en concordancia con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra particulares, cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, o cuando, a pesar de contar con otros mecanismos de defensa, se requiera para efectos de evitar un perjuicio irremediable.

En tal sentido, la Corte constitucional ha entendido, que la indefensión se refiere a la posibilidad o imposibilidad de dar respuesta efectiva ante la amenaza o violación de los derechos fundamentales por parte de cualquier persona o autoridad pública o privada, por lo cual el fenómeno de la indefensión busca proteger a las personas de los abusos que provengan de diferentes poderes, sean de carácter económico, social, religioso, cultural, etc. Lo anterior significa que la indefensión que sufre el ciudadano en relación con otros particulares deberá ser establecida por parte del juez de tutela considerando el vínculo existente entre ambas partes, el cual, por supuesto, comprende los vínculos de naturaleza contractual.

La posición anterior se verá fuertemente reforzada con lo expuesto en la Sentencia T-222 de 2004, en la cual la Corte Constitucional colombiana, previo reconocimiento de la desigualdad real en las condiciones de negociación que acusan las partes que celebran un contrato, asume que dichas desigualdades deben ser adecuadamente consideradas por el sistema jurídico con la finalidad de asegurar una real y efectiva igualdad.

Sin embargo, advierte la Corte:

“Ello no implica, claro está, que en todos los órdenes del ámbito de las relaciones privadas sea posible superar esta situación de desigualdad inicial. El debido funcionamiento de determinados sistemas sociales y subsistemas dentro de tales sistemas, demandan partir del supuesto de la igualdad negocial, como ocurre, prima facie, en el mundo del comercio. En tales casos, la situación de desigualdad negocial se suple con garantías que rodean el proceso de negociación (por ejemplo, por las restricciones sobre el objeto de los contratos o los vicios contractuales) y con cargas imponibles a las partes (por ejemplo, deberes de diligencia predicables de los comerciantes, oferta de información suficiente –como en el mercado público de valores-, publicidad de información determinante –a través de las cámaras de comercio-, etc.).

En otros ámbitos, como el laboral y en el derecho de los consumidores, se ha considerado pertinente reconocer, de alguna manera, tal situación de desigualdad negocial. No todos los ámbitos resisten igual solución a los problemas derivados de esta desigualdad en la capacidad negocial, adoptándose mecanismos como la negociación colectiva, el surgimiento del concepto de contrato de adhesión o el establecimiento de obligaciones y cargas precisas para los oferentes de bienes y servicios consumibles masivamente.”

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional refiere que en el plano constitucional las diferentes situaciones de desigualdad inicial, conllevan a su vez, a consecuencias distintas. En tal orden de ideas, considera que en los contextos que normalmente se desarrollan sobre la base de un modelo de igualdad formal, la expectativa de que los principios de igualdad negocial tomen relevancia constitucional es reducida, en tanto que cuando se trata de espacios en los cuales las diferencias sustanciales entre los partícipes del negocio se torna en elemento central para la definición de las modalidades contractuales, la posibilidad de que el asunto tome relevancia constitucional aumenta.

En el primer supuesto, esto es, en aquellas situaciones en las cuales la diferencia en la igualdad negocial es funcional, la injerencia del juez constitucional es nula o inexistente, pues la protección se dirige principalmente hacia la autonomía contractual. No obstante, pueden encontrarse dos tipos de situaciones, que merecerían análisis diferente: i) Contratos o relaciones jurídicas *inter privatos* con objeto contrario con la Constitución. En tales casos, según la Corte, la expectativa de intervención del juez constitucional es mayor, pues busca asegurar que la relación jurídica resulte ajustada al texto constitucional. En tal sentido, las relaciones contractuales fundadas en procedimientos discriminatorios, o contentivas de cláusulas atentatorias contra derechos fundamentales, entre otras, pueden ser objeto de control por parte del juez constitucional, con el fin de evitar, precisamente, las actuaciones privadas contrarias a la Constitución. ii) Contratos o relaciones jurídicas acordes con la Constitución, pero con consecuencias contrarias. Hace referencia a aquellos casos en que las consecuencias incompatibles con la constitución no surgen de la relación contractual, sino de su ejecución.

Considera la Corte, no obstante lo anterior, que en ambos casos, *prima facie* no corresponde al juez constitucional entrar a considerar los efectos del contrato, existiendo un juez natural para ello, pues es parte de la función del juez ordinario asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, conllevando en consecuencia a que solamente pueda invocarse la protección constitucional por vía de la acción de tutela, actuando en contra de la decisión judicial contraria a la Constitución, en tanto que la decisión del juez ha faltado al deber de

considerar la constitucionalidad del contrato o las consecuencias constitucionales derivadas del mismo, sin embargo considera que excepcionalmente pueden presentarse situaciones, en las que el medio de defensa judicial resulte ineficaz o inapropiado para proteger los derechos constitucionales comprometidos o violados por la ejecución del contrato, en tales situaciones en consecuencia, es posible demandar la intervención directa del juez constitucional, por vía de tutela.

Al respecto, la Corte constitucional, ha referido:

*“No puede el juez de tutela desechar el estudio de una controversia contractual con el mero pretexto que en este tipo de disputas no están envueltos derechos de rango fundamental, por el contrario, debe analizar si en ellas existe una discusión de esta naturaleza para lo cual es relevante no sólo elementos de carácter objetivo tales como la naturaleza de los derechos en juego, sino también circunstancias subjetivas de las partes que solicitan el amparo constitucional, pues existen precedentes en los cuales se ha concedido la tutela respecto de asuntos en apariencia de índole estrictamente contractual, controvertibles ante la jurisdicción ordinaria, debido a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encontraban los accionantes”.*³⁶⁰

Los dos momentos descritos en los párrafos anteriores, se pueden ver reflejados en el gráfico que se indica a continuación, el cual muestra el cambio de doctrina constitucional asumido por la Corte Constitucional colombiana:

¿Cómo ha sido la intervención de la Corte Constitucional colombiana en los litigios contractuales entre particulares?			
	T-594 de 1992		
	T-107 de 1993		

³⁶⁰ Sentencias T-125 de 1994 y T-351 de 1997.

La Corte Constitucional colombiana se ha negado a intervenir en litigios contractuales entre particulares	T-511 de 1993 T-240 de 1993 T-605 de 1995		
	T-307 de 1997	T-351 de 1997 T-375 de 1997 SU-157 de 1999 SU-166 de 1999 SU-167 de 1999 T-128 de 2000 T-687 de 2000 T-693 de 2000 T-1165 de 2001 T-1118 de 2002 T-083 de 2003 T-520 de 2003 T-222 de 2004 T-170 de 2005 T-724 de 2005 T-769 de 2005 T-1090 de 2005	La Corte Constitucional colombiana ha intervenido en litigios contractuales entre particulares.

		T-131 de 2006	
		T-517 de 2006	
		T-905 de 2007	
		T-160 de 2010	
		T-634 de 2013	
		T-342 de 2013	
		T-408 de 2015	
		T-117 de 2016	
		T-4017A de 2018	

Figura.2. Intervención de la Corte Constitucional colombiana en litigios contractuales.

Las posiciones establecidas para cada una de las sentencias citadas, las cuales hacen parte de la llamada “doctrina constitucional” circundante al tema de la constitucionalización del derecho de los contratos en Colombia, y se explica de la siguiente manera:

Se han tomado los principales fallos que a consideración del suscrito se han suscitado en materia de “constitucionalización” del derecho de los contratos privados, especialmente en cuanto a límites a la libertad de contratación refiere, esto es, las que más han impactado el tema objeto de estudio³⁶¹. Las sentencias seleccionadas, se han dividido en dos grupos, ubicándose el primero de ellos al lado izquierdo del gráfico, indicando que se trata de aquellas providencias en las que la Corte Constitucional colombiana se ha negado a intervenir en litigios contractuales entre particulares; en el lado derecho del gráfico

³⁶¹ Respecto a la elaboración de líneas jurisprudenciales, ha dicho el profesor colombiano Diego Eduardo López Medina: “... la elaboración de líneas jurisprudenciales exige que el analista identifique los *principales fallos* que sobre la materia se han promulgado. En cualquiera de los escenarios constitucionales existen muchas sentencias que se han promulgado sobre el patrón fáctico que se busca resolver: se requiere que el intérprete jurisprudencial identifique y escoja aquellas que tienen un *peso estructural fundamental* dentro de la línea por oposición a sentencias de menor importancia doctrinal. En la mayor parte de líneas, las sentencias importantes son apenas una pequeña fracción del número total de fallos que potencialmente tocan el tema.” En LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. 2009. Pág. 161.

expuesto, se han ubicado aquellos pronunciamientos que contrariando la posición antes comentada, han optado por dirimir, directamente, conflictos de naturaleza contractual, situación que de esta manera y tal como puede observarse, dejaría de ser una rareza para ser una práctica común en los desarrollos de la justicia constitucional colombiana.

Ahora bien, interesan para el presente estudio únicamente aquellas sentencias en las que se han realizado pronunciamientos circundantes a los límites a la libertad de contratación, y por tal vía a la libertad para contratar o a la libertad contractual, de tal manera que sólo serán reseñadas aquellas providencias que se refieran al tema.

1.5. Sentencias proferidas en acción de tutela.

La producción de fallos de tutela que podrían ser objeto de análisis en este acápite ha sido bastante generosa, por lo cual solo serán reseñadas aquellas que fijen pautas específicas que posteriormente serán replicadas en nuevas sentencias.

1.5.1 Caso ANDIARIOS. (Sentencia T-240 de 1993).

La providencia que ahora es objeto de análisis se produjo dentro de un asunto de carácter contractual suscitado entre un particular y la Asociación de Diarios colombianos ANDIARIOS. El particular, titular de la acción de tutela correspondiente, pretendía la protección de su derecho al trabajo habida consideración de que la entidad tutelada había suspendido el crédito publicitario al particular en razón del incumplimiento en los pagos a los periódicos, por lo cual solicitaba se ordene el levantamiento del “veto” o de la suspensión del crédito publicitario.

La Corte Constitucional colombiana denegó la protección rogada bajo la consideración de que las diferencias surgidas entre las partes con ocasión de un contrato, no representan

materia que deba resolverse por vía de acción de tutela y adicionalmente advirtió que las controversias contractuales “sólo tiene una relevancia constitucional genérica en el sentido de que la fuente pertinente para resolver la controversia es la regla contractual, la cual como toda fuente normativa debe interpretarse de conformidad con la Constitución, sin que por ello la misma o su presupuesto normativo adquieran carácter constitucional”³⁶².

No obstante, y así sea a manera de *obiter dicta*, advierte la Corte que la libertad de contratación no puede ser arbitraria, sino que, al igual que toda libertad, se encuentra gobernada por el marco axiológico de la constitución y por ende se sujeta al principio de la solidaridad social y a la prevalencia del interés general. Al respecto, ha manifestado la Corte:

“La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal.

En últimas, no se trata de los consabidos límites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (CP arts. 1 y 333)”.

³⁶² Sentencia T-240 de 1993.

Estima la Corte, que el contrato, al igual que la propiedad, la empresa y la iniciativa económica tienen una función social e implica responsabilidades y que en consecuencia debe subordinarse a los principios de solidaridad y utilidad social.

Visto lo anterior, la sentencia T-240 de 1993 debe ser vista en el contexto colombiano, como la sentencia “pionera” en el hecho de establecer nuevos límites a la libertad de contratación, surgidos por vía de la constitucionalización del derecho de los contratos. Los nuevos límites derivados de esta sentencia serán, a saber, el principio de solidaridad social y la prevalencia de interés general.

1.5.2. Caso Diócesis Cúcuta (Sentencia T-351 de 1997).

La sentencia se produce en un caso de carácter contractual, en el que una pareja de avanzada edad y con dificultades de salud, con el fin de procurarse algunos medios para su subsistencia, proceden en medio de un contrato de mandato a otorgar poder a un sacerdote de la Diócesis de Cúcuta, con el fin de que proceda a la venta de un inmueble de propiedad de los tutelantes. El mencionado religioso, efectivamente procedió a realizar la venta que le fuere encargada, pero posteriormente se negó a entregar el dinero a sus mandantes, dejándolos en total desprotección y en estado de vulnerabilidad, pretextando para el efecto una donación futura ofrecida por los actores.

En el caso referido, efectivamente se tuteló el derecho de los demandantes, bajo la consideración del juez constitucional, de que la protección de las personas de la tercera edad, merece especial atención por parte del Estado, por lo que, a pesar de que los actores cuentan con otros mecanismos legales para la defensa de sus derechos, se busca evitar un perjuicio irremediable para los mismos. Los argumentos expuestos por el juzgador para conceder el amparo solicitado, refieren que la actuación del clérigo viola los deberes de solidaridad y buena fe, los que deben estar presentes y rigen las relaciones entre particulares.

Visto lo anterior, es claro que la Corte Constitucional colombiana, erige los deberes constitucionales de solidaridad y buena fe, como límites a la libertad que les asiste a los contratantes, en tanto que se ha abusado del contrato de mandato celebrado entre los actores y el tutelado.

1.5.3 Caso del vendedor de parafina (Sentencia T-375 de 1997).

El presente caso se trata de un asunto suscitado entre comerciantes, en el cual uno de ellos, el accionante, es comprador de parafina en bloques que utiliza para la fabricación de velas que reintroduce al mercado; el otro involucrado es el distribuidor de los bloques de parafina que requiere el accionante para el desarrollo de sus actividades mercantiles. En desarrollo de las relaciones comerciales habituales entre los implicados, el accionante adelantó querrela administrativa en contra del tutelado en virtud de haber descubierto que el proveedor decía vender cantidades mayores a las que en realidad se recibían por parte de sus clientes, entre ellos el tutelante. En retaliación a las acciones administrativas antes descritas, el comerciante tutelado decidió no suministrar más parafina al quejoso, con lo cual afectaba gravemente el desarrollo de su actividad comercial a tal punto que de mantenerse la negativa de suministro por parte del comerciante tutelado, el tutelante se vería abocado a salir del mercado y por ende, sus posibilidades de obtener el ingreso de dinero requerido para atender sus necesidades básicas y elementales se verían gravemente afectadas.

En el caso descrito, la Corte Constitucional colombiana procedió a estudiar si la negativa a contratar por parte del proveedor de parafina, podría afectar derechos fundamentales del comprador tutelante y en tal sentido la Corte estimó que el comerciante demandado no podría excusarse en el principio constitucional de la libertad de empresa, pues a pesar del amplio margen de discrecionalidad que esta otorga, no puede ser alegada válidamente,

cuando quiera que se vulneren principios constitucionales superiores a la libertad de empresa en sí misma.

En el presente caso, la Corte Constitucional, tomando como base la violación de los derechos fundamentales a partir de la libertad de contratación, decidió amparar los derechos del tutelante, pese a tratarse de una relación eminentemente comercial y en consecuencia, obligó a la empresa tutelada a suministrar la parafina requerida por el actor en los términos correspondientes a su propia oferta pública. Cómo se puede observar, el juez constitucional procede a imponer límites a la libertad de contratación, en cuanto a la libertad para contratar, pues impide la posibilidad de que el proveedor decida si quiere contratar o no, e incluso impide que elija al otro contratante, adicionalmente limita la libertad contractual en cuanto impide, con razón, que se elija el contenido del contrato, obligando a que se someta a las condiciones referidas en su oferta contractual.

1.5.4 Casos “Lista Clinton” (Sentencia SU-157 de 1999).

La sentencia que ahora se analiza, corresponde a una sentencia de unificación, mediante la cual se busca uniformar los criterios jurisprudenciales de casos que resultan semejantes, propiciando de esta manera un mínimo de certeza jurídica bajo la aplicación del principio de igualdad.

Los casos cobijados por la sentencia de unificación en estudio, tienen como común denominador: i) corresponder a casos relacionados con contratos suscritos por particulares con entidades adscritas al sector financiero; ii) dichos particulares se encuentran mencionados en la Orden Ejecutiva 12978 expedida por el gobierno de los Estados Unidos de América bajo el mandato del presidente Bill Clinton, llamada “*Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers*”, coloquialmente llamada en el contexto colombiano como “lista Clinton”; iii) En virtud de la inclusión de los nombres de los tutelantes en dicha lista, las diferentes entidades del sector financiero se

abstuvieron de mantener vínculos contractuales con los mismos, procediendo en consecuencia, a cancelar las cuentas de dichos titulares de manera unilateral e inconsulta; iv) Los accionantes en acción de amparo consideraron violados sus derechos al buen nombre, igualdad y debido proceso, por lo que solicitaban la reapertura inmediata de sus cuentas corrientes y de ahorros canceladas por las entidades accionadas.

Previo análisis de la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras y de las diferencias de la misma frente a la autonomía negocial de los particulares, surgida de la especial función desempeñada por tales entidades, la Corte Constitucional resolvió no tutelar los derechos de los actores, previa realización de las siguientes consideraciones, entre muchas otras:

“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación³⁶³ lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1º y 95-1). Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (artículo 4º superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y a los particulares, pues la Carta fundamental tiene también una eficacia horizontal. Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (C.P. art. 2º)”.

³⁶³ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-240 de 1993, T-338 de 1993, C-265 de 1994, C-367 de 1995, C-233 de 1997

Tal y como se puede ver, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que las exigencias propias del Estado social, el interés público y el respeto de los derechos fundamentales de otras personas se erigen como límites impuestos constitucionalmente a la libertad de contratación.

1.5.5 Caso Seguro de vida portadores de VIH (Sentencia T-1165 de 2001).

El caso que ha generado la sentencia cuyo análisis se aborda, ocurrió en virtud de la negativa de una entidad aseguradora de expedir un seguro de vida en favor de unos adquirentes de una vivienda que requerían dicho amparo, a fin de lograr la obtención de un crédito hipotecario con el cual poder pagar el inmueble compravendido. La entidad aseguradora, haciendo uso de su libertad de contratación, denegó la expedición de la póliza habida consideración de que los solicitantes fueron diagnosticados como portadores asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana VIH.

Previo el análisis de rigor, la Corte Constitucional colombiana decidió tutelar los derechos de los actores y consecuentemente ordenar a la entidad aseguradora que expida la póliza correspondiente. Para el efecto, el juez constitucional consideró que la conducta asumida por el asegurador es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, lo anterior previa recordación y advertencia de que la libertad de contratación no es una libertad absoluta.

Idénticas situaciones fueron ventiladas y resueltas de igual manera, entre otras, mediante las acciones de tutela T-905 de 2007, T-490 de 2009, T-342 de 2013 y T 408 de 2015, en las cuales se estableció que la libertad de contratación en materias consideradas de interés público, encuentra límites determinados por el marco axiológico de la Constitución, la que a su vez, incorpora como principios fundamentales los de la solidaridad social, la prevalencia del interés general, la efectividad de los principios y valores superiores.

1.5.6 Caso Seguro educativo a estudiantes con discapacidades mentales. (Sentencia T-1118 de 2002).

El presente pronunciamiento del juez constitucional surge como consecuencia de la acción de tutela iniciada por los representantes legales de dos fundaciones dedicadas a actividades educativas de población en condición de discapacidad derivada de retardo mental, síndrome de Down, síndrome de West R.M., autismo, etc., en contra de una aseguradora que previamente se había negado a expedir una cotización para un seguro educativo requerido por las entidades accionantes, bajo el pretexto de que no resultaba posible presentar la cotización, *“teniendo en cuenta las características del grupo asegurable”*.

La Corte Constitucional colombiana resolvió el asunto a favor de las entidades tutelantes, desconociendo los argumentos de la entidad tutelada que se escudaba en que la actividad aseguradora se rige por el derecho privado y por ende, puede a su arbitrio, asumir algunos riesgos. El juez constitucional estimó que la actitud asumida por la entidad demandada era discriminatoria y constitutiva de un trato desigual carente de justificación constitucional, con lo cual se viola el principio de igualdad.

Así las cosas, el principio de igualdad se erige como límite a la libertad de contratación y se suma a los indicados anteriormente.

1.5.7 Caso compensación cooperativa (Sentencia T-222 de 2004).

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana se produce dentro de un asunto en el que un afiliado a una entidad cooperativa, de la cual es, a su vez, deudor, solicita que se compense el valor de sus créditos con el valor de aportes que ha hecho a la entidad, a fin de proceder por esta vía a disminuir el valor de su deuda y poder disfrutar de

sus menguados ingresos mensuales provenientes de una pensión que le está siendo mermada incluso por debajo del valor del salario mínimo legal, en razón de atender las cuotas de las deudas adquiridas con la entidad cooperativa. La cooperativa demandada se ha negado a realizar tal compensación, en virtud de lo establecido en sus reglamentos.

El juez constitucional, en el presente asunto ha decidido no acoger las súplicas del actor, considerando para el efecto, que las consecuencias derivadas de los actos jurídicos que lo han llevado a la situación que motiva la solicitud de amparo, eran totalmente previsibles y en tal caso, siendo que la persona ha actuado a propio riesgo, es limitada la posibilidad de actuación del juez constitucional; no obstante, el juez previamente ha establecido que aun cuando la relación jurídico-contractual se vea prima facie ajustada a los mandatos constitucionales, puede suceder que en la ejecución del contrato se afecten derechos fundamentales dignos de ser protegidos, por lo que el juez constitucional se encuentra en posibilidad de alterar la relación contractual. Para efectos de lo anterior, establece la Corte:

“Nadie está autorizado a pactar en contra de la Constitución, como se desprende del artículo 4 de la Carta. Ello se extiende a las normas de naturaleza privada, como los contratos. De igual manera, los efectos de cualquier norma, sea estatal (legislada o judicial) o privada, no puede contravenir la Constitución. De ahí que no pueda obligarse a una persona a cumplir un contrato violatorio de la Carta”.

Con base en lo anterior, se deberá considerar que la afectación de derechos fundamentales en la fase de ejecución del contrato, sobrevenida de manera imprevisible, se erige como límite a la libertad de contratación, permitiendo la modificación de la relación contractual.

1.5.8 Caso Centro Comercial “La 17” (Sentencia T-769 de 2005).

La sentencia que ahora nos ocupa, desató una acción de tutela en la que varios comerciantes, arrendatarios de inmuebles dedicados a actividades mercantiles en el “Centro Comercial la 17” de la ciudad de San Juan de Pasto, solicitaban que en ejercicio del derecho de preferencia consagrado en el artículo 521 del código de comercio y con posterioridad a la remodelación del centro comercial desarrollada con ocasión de un incendio sufrido en el mes de noviembre del año 2002, se procediera a arrendar a los accionantes los nuevos inmuebles en condiciones que les resultaran favorables. Para el efecto alegaban encontrarse en situación de indefensión frente a los arrendadores, además de ver gravemente conculcados sus derechos al trabajo, mínimo vital y debido proceso.

En el presente caso, la Corte Constitucional colombiana decidió revocar los fallos proferidos por los jueces de instancia, y en consecuencia tutelar los derechos de los actores, considerando para el efecto que *“la ejecución y las controversias contractuales puede que no se desarrollen en un plano de igualdad cuando existe de por medio una catástrofe o siniestro. La propia Constitución Política reconoce esto cuando obliga a todos los ciudadanos a ‘obrar conforme al principio de solidaridad social’.”*

En el presente caso, una vez más la el principio de solidaridad se hace presente, ordenando en consecuencia de la misma, la renovación de los contratos de arrendamiento en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Es decir, el principio de solidaridad afecta la libertad de contratación imponiendo la obligación de contratar y fijando las condiciones en que dicho contrato ha de celebrarse.

1.5.9 Caso discriminación racial en Cartagena (Sentencia T-1090 de 2005).

El presente caso corresponde a una acción de tutela originada en unos hechos de discriminación acaecidos en la ciudad de Cartagena, en la cual dos mujeres de raza negra pretendían ingresar a un establecimiento público de diversión y esparcimiento, encontrando que el ingreso les fue negado dada su condición racial. El juez constitucional resolvió

tutelar los derechos de las actoras considerando que la actuación de la entidad demandada no solo vulneraba el derecho a la igualdad y la dignidad humana de las actoras, sino que además violaba tratados internacionales suscritos por el país mediante los cuales se busca combatir toda forma de discriminación, para el presente caso discriminación racial.

Con base en lo anterior, es fácil colegir que en la presente actuación los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana se erigen como límites frente a la libertad de contratación, que impiden que la libertad para contratar o no, o la elección del otro contratante se fundamenten en circunstancias discriminatorias.

Idénticos hechos, frente a los mismos accionados pero con diferencia de accionantes, suscitaron a su vez, idéntica decisión mediante la sentencia T-131 de 2006.

1.5.10 Caso póliza judicial (Sentencia T-517 de 2006).

Este proveído se genera en medio de una actuación por vía de tutela en la que la actora solicita se tutele su derecho a la igualdad y al acceso a la justicia, considerando que en desarrollo de una actuación judicial diferente se le ha solicitado constituir una garantía por valor equivalente a doscientos cincuenta millones de pesos (\$250.000.000.00), por lo cual acudió a una entidad aseguradora a fin de obtener la póliza correspondiente por tal valor, encontrando negativa a amparar el riesgo correspondiente por parte de varias entidades aseguradoras, bajo el argumento subrepticio de que la parte afectada con el amparo era otra aseguradora, pero esgrimido públicamente bajo lo dispuesto por el artículo 1056 de la normatividad mercantil que permite a las entidades aseguradoras, a su arbitrio, asumir o no los riesgos del eventual asegurado. Con tal actitud, se denegaba a la accionante la posibilidad de constituir la caución requerida y consecuentemente la posibilidad de actuación dentro del proceso judicial en el que la garantía era requerida.

La Corte Constitucional colombiana resolvió tutelar el derecho de acceso a la justicia de la actora, estableciendo que si bien es cierto que la actividad aseguradora se ve amparada por la libertad de contratación, tal libertad se ve limitada en el caso de la suscripción de “pólizas judiciales” por consideraciones de interés público, o por la protección de la parte más débil, por solidaridad, o para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación, o el acceso a la administración de justicia.

Previo a la decisión, la Corte recuerda que si bien la actividad aseguradora no constituye un servicio público, si se erige como una actividad de interés público, con lo cual ha precisado que tal actividad está dirigida a procurar el bienestar general. Adicionalmente ha precisado que cuando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia, o el derecho a la reparación de las víctimas de un delito, deben prevalecer estos derechos.

De tal manera, la libertad de contratación se ha visto limitada en cuanto corresponde a la libertad de contratar o no, mediante los conceptos de interés público y los derechos y principios de solidaridad y acceso a la administración de justicia.

1.5.11. Caso aseguramiento candidatura. (Sentencia T-117 de 2016).

La sentencia que ahora se comenta fue proferida en desarrollo de una acción de tutela en la que los accionantes requerían de la suscripción de una póliza de seguros a fin de inscribir una candidatura a un cuerpo colegiado de carácter municipal, la que les fue negada por la entidad aseguradora correspondiente, por cuanto exigía que previa a la expedición de la póliza respectiva, los actores debían constituir un certificado de depósito a término (CDT) a favor de la entidad aseguradora por valor de cien millones de pesos mda. Cte., (\$100'000.000). La entidad aseguradora excusaba su comportamiento en lo dispuesto por el

artículo 1056 del Código de Comercio, referente a la facultad que les asiste a las entidades aseguradoras de elegir los riesgos que desean asumir.

Con la acción de amparo impetrada en el presente caso, se pretendía tutelar los derechos a la igualdad y al acceso a la participación política (elegir y ser elegido) de los actores, sin embargo la Corte Constitucional colombiana se abstuvo de proferir sentencia de fondo por encontrarse el hecho superado, habida cuenta de que la entidad aseguradora cambió su posición y resolvió expedir la póliza respectiva antes de que se resolviera de fondo el asunto.

No obstante lo anterior, el juez constitucional advirtió que si bien es cierto que las entidades aseguradoras gozan de la libertad de contratación, tal libertad se encuentra limitada por causa del interés general y del respeto a los derechos fundamentales, y en tal orden de ideas estableció que las aseguradoras no pueden exigir contragarantías como requisito para expedir las pólizas correspondientes, por cuanto ello impone barreras al ejercicio de los derechos fundamentales de participación política, además de desnaturalizar el contrato de seguro.

Con lo anterior resulta evidente que se habría limitado la libertad de contratación, impidiendo a la entidad aseguradora la libre elección del contenido del contrato.

Bajo idénticas circunstancias se resolvió la acción de tutela radicada bajo el No. T-769 de 2015.

1.5.12 Caso de Contratación de empresas de pornografía (Sentencia T-407A de 2018).

La sentencia que procede a comentarse, es la más reciente que se ha proferido en materia contractual por la Corte constitucional colombiana (27 de Septiembre de 2018), y se

produce en medio de un litigio contractual surgido con ocasión de un contrato celebrado por una particular con una empresa productora de cine para adultos.

Una vez suscrito el contrato respectivo, la accionante aceptó a grabar algunas escenas pornográficas, bajo el entendido de que se trataba de un casting y que no debía ser divulgado por el accionado, no obstante el accionado efectivamente divulgó el video pretextando para el efecto que contaba con el contrato respectivo, el cual no solo le autorizaba a proceder a la divulgación, sino que además lo tornaba en titular de los derechos de propiedad sobre dicho video. Debe aclararse que el supuesto contrato suscrito por las partes, se encontraba redactado en idioma inglés.

Los jueces que conocieron de la acción de tutela tanto en primera como en segunda instancia, denegaron el amparo bajo el argumento de que la disputa contractual derivada del incumplimiento del contrato debía ventilarse por los cauces ordinarios, y de que el asunto no revestía inmediatez, considerando que desde la ocurrencia de los hechos han transcurrido ya más de seis años. El contrato suscrito entre la actora y el accionado, nunca pudo ser conocido por los jueces que avocaron conocimiento del asunto por cuanto el accionado advirtió que el ejemplar firmado por la actora, se destruyó con ocasión de la humedad del sitio donde el contrato reposaba.

La Corte Constitucional colombiana ha iniciado el estudio del caso comentado, asumiendo que la acción es oportuna a pesar del tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la del conocimiento del caso, por cuanto al no haberse removido el video de la red, la afectación de los derechos fundamentales de la accionante es continua, lo que justifica su estudio. Visto lo anterior, procede a mirar el fondo del asunto, centrando su atención en los derechos fundamentales de la intimidad y la propia imagen, y la procedencia de la acción de tutela en controversias contractuales, a la vez que recordando que las producciones pornográficas se encuentran protegidas por los derechos de autor y son susceptibles de reproducción según las prescripciones de la legislación nacional. Con todo lo anterior, el juez constitucional asume que puede intervenir en debates contractuales en los que estén en

juego derechos fundamentales, entendidos como límite a la libertad de contratación, y procede en consecuencia a establecer *“las condiciones mínimas que, bajo el orden constitucional vigente, debe tener el consentimiento de una persona para autorizar a terceros el uso de su imagen en contenidos audiovisuales pornográficos”*.

La argumentación expuesta por la alta Corte se centra en el análisis del consentimiento, advirtiendo que no es suficiente que se encuentre libre de vicios, sino que además debe ser un consentimiento informado, de tal manera que la persona que compromete su intimidad y su imagen personal, entienda adecuadamente los alcances de su decisión. La falta de información respecto al alcance del consentimiento originará pues, un consentimiento insuficiente ya que no se habría dado de manera autónoma y libre. En tal orden de ideas, ha dicho la Corte, que el consentimiento informado, debe haber comprendido al menos los siguientes aspectos:

- i) Los usos y fines de las imágenes: En tal orden de ideas se deberá especificar si la grabación corresponde a un casting, o es una grabación destinada a ser publicada o comercializada.
- ii) El alcance de la comercialización de las imágenes: Que corresponde a que se debe informar sobre la difusión esperada, las posibilidades de comercialización de las imágenes, mecanismos de distribución (digitales, impresos, etc), personas a las cuales se dirigirá su comercialización, ámbito territorial de comercialización, restricción a algunos países, divulgación ilimitada, etc.
- iii) Impacto, consecuencias de las imágenes grabadas, y valor de los honorarios pagados. Con lo cual se impone el deber de informar sobre las escenas que serán objeto de filmación y que actos tendrán que ser realizados o no.

iv) Terminó para ratificar el consentimiento. Con el fin de asegurar el consentimiento se establece que se debe fijar un plazo prudencial para que la persona pueda reflexionar y analizar sobre el alcance de sus decisiones.

Visto todo lo anterior, forzoso es concluir que el nuevo límite a la libertad de contratación impuesto por la Corte Constitucional, corresponde al de dotar al consentimiento contractual como un consentimiento cualificado e informado, asegurando que los parámetros anteriores no sean vistos como una mera formalidad, sino que se tengan como parámetros que efectivamente garanticen la adecuada comprensión y exteriorización de la voluntad contractual.

1.6 Distribución del impacto de las sentencias proferidas en vía de tutela, en la libertad de contratación.

Como se ha podido observar, los diferentes pronunciamientos que se han sometido a estudio, y que han sido brevemente comentados, han establecido efectivas limitaciones a la libertad de contratación en sus diferentes aspectos. En tal sentido, podrán evidenciarse algunas sentencias que imponen límites a la libertad para contratar o no hacerlo; en otras, se verá que se afecta la libertad para elegir al otro contratante; en otras más, se verá que la afectación se dirige a la libertad de configuración interna del contrato, esto es, la libertad para elegir el contenido del contrato. Una mejor presentación de esta situación se puede reflejar en el gráfico que se expone a continuación.³⁶⁴

³⁶⁴ El presente gráfico toma como base el gráfico No. 1 expuesto en la página 10 del presente estudio.

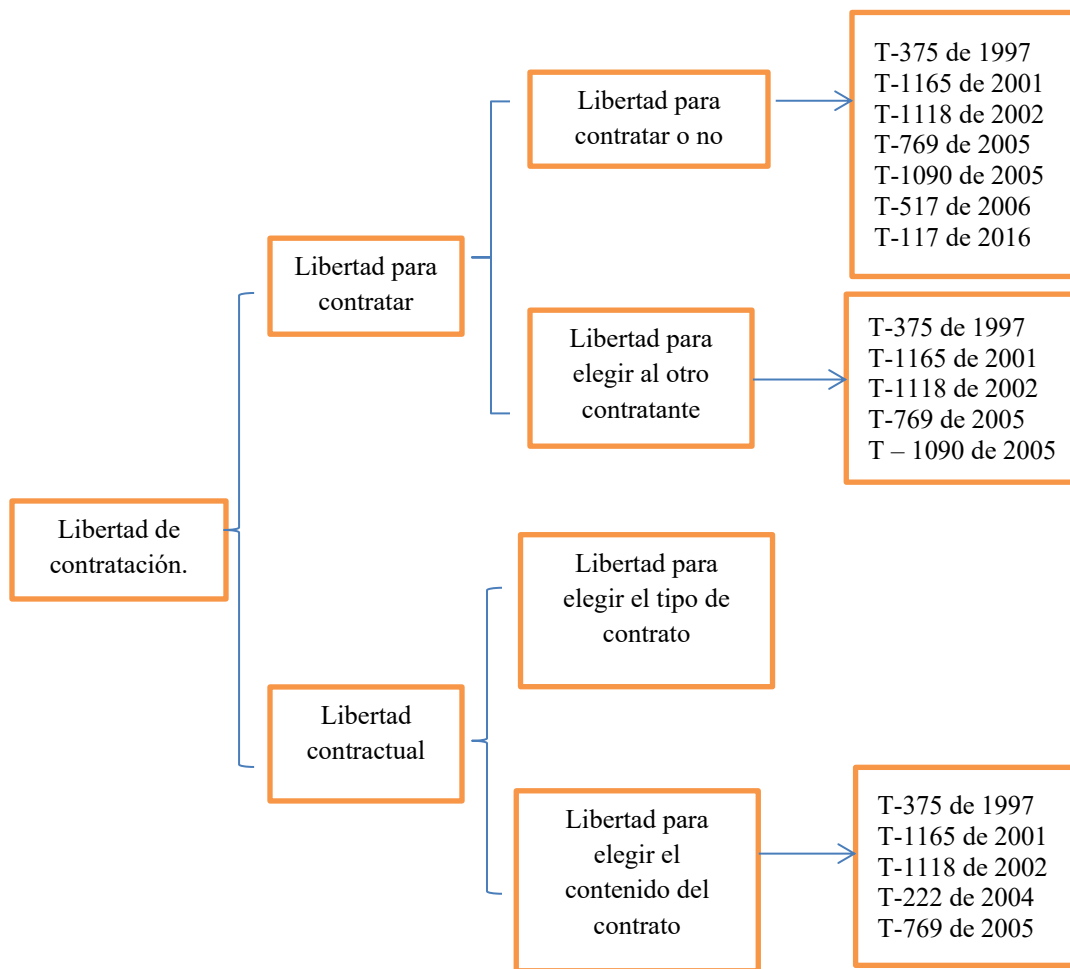


Figura 3. Impacto de las sentencias de tutela en la libertad de contratación.

La corte constitucional colombiana, a su turno ha explicado los cambios sufridos por la autonomía de la voluntad y sus límites, a partir de la comparación entre los enfoques racionalista y moderno tal como se observa en el siguiente cuadro comparativo extraído de la sentencia C-345 de 2017:

CARACTERÍSTICA	ENFOQUE RACIONALISTA	ENFOQUE MODERNO
Libertad de selección (¿Existe plena	Existe plena libertad para contratar con quien se quiere. No existen obligaciones de	Existe libertad para contratar con quien se quiere, siempre y cuando tal decisión no implique (i) abuso

libertad para contratar con quien se quiera?)	contratación.	de la posición dominante, (ii) prácticas restrictivas de la competencia, (iii) la restricción injustificada de acceso a un servicio público o (iv) una discriminación prohibida por la Carta.
Libertad de negociación (¿Existen límites a la negociación previa de los contratos?)	No existen límites a la negociación y en cualquier momento las partes pueden apartarse de esa fase sin deberes de indemnización.	La buena fe se extiende a la etapa precontractual, de suerte que las partes tienen deberes secundarios de conducta como los de información, coherencia, seriedad y lealtad, entre otros.
Libertad de configuración (¿Existen límites para configurar libremente los derechos y obligaciones?)	Los individuos pueden crear los efectos jurídicos que quieran con la única limitación de no infringir (i) las buenas costumbres y (ii) el orden público.	Los individuos pueden crear los efectos jurídicos que consideren del caso, siempre y cuando no infrinjan (i) las buenas costumbres, (ii) el orden público y (iii) no abusen del derecho.
Libertad de conclusión (¿Existen deberes de celebrar o concluir un contrato?)	Cada persona es libre absolutamente de decidir si celebra o no un contrato determinado.	Cuando se trata de servicios públicos, relaciones de consumo y en algunos sectores económicos existe un deber de conclusión de contratos o formas de vinculación forzosa (por ejemplo, la apertura de una cuenta bancaria si el solicitante cumple con los requisitos establecidos por la

		entidad bancaria y la regulación financiera de los bancos. Otros ejemplos se presentan en los contratos de seguro y en los contratos de medicina prepagada).
Finalidad del empleo de la autonomía (¿Cuál era la finalidad de la autonomía privada?)	La finalidad de la autonomía consiste en perseguir los intereses privados y maximizar el bienestar individual.	La finalidad de la autonomía no se reduce a la consecución del interés particular, sino que se extiende a la promoción del interés público y el bienestar común.
Interpretación de la autonomía privada (¿Cómo se interpretaba la expresión de la autonomía privada cuando existiesen dudas?)	La interpretación de la autonomía privada debe estarse a la voluntad de las partes.	La interpretación de la autonomía privada debe estarse tanto a la voluntad de las partes como a la protección de sus derechos y, en general, a los parámetros de la buena fe.

Figura 4. Comparación de enfoques de la autonomía de la voluntad.

Como se puede observar, las diferencias entre los denominados “enfoque racionalista” y “enfoque moderno” descansan en la dimensión del poder de autodeterminación conferido a los particulares. En el enfoque racionalista, tal como lo entiende la Corte constitucional, se reconoce un poder de autodeterminación casi absoluto, caracterizado por la ausencia de límites diferentes a los consagrados de manera expresa por la ley, esto es, por la

normatividad civil, y que conduce, por ende, a la máxima realización de los intereses individuales.

En el “enfoque moderno” por el contrario, se impone una mayor limitación a la posibilidad de autodeterminación, privilegiando junto con los intereses particulares de los contratantes, los intereses colectivos o sociales. De esta manera se pretende dar aplicación real, material, a los postulados de la prevalencia del interés general sobre el particular y a la realización efectiva del deber de solidaridad.³⁶⁵

Ahora bien, en consonancia con lo anterior, los pronunciamientos derivados de las sentencias arriba analizadas, han incrementado los límites a la libertad de contratación, que efectivamente restringen las posibilidades de autodeterminación mediante la introducción de conceptos tales como el respeto a la dignidad humana, la solidaridad social, la prevalencia del interés público o del interés general, la buena fe, el principio de igualdad, las exigencias propias del Estado social del derecho, etc., términos que podremos tomar como conceptos jurídicos indeterminados³⁶⁶ y que, consecuentemente habrán de dotarse de sentido; adicionalmente se han establecido claras limitaciones asociadas al respeto de los derechos fundamentales.

En consideración a lo anterior, los límites constitucionales a la libertad de contratación, se estudiarán desde dos perspectivas diferentes, aunque finalmente coincidentes; la primera de tales perspectivas corresponde al concepto de derechos fundamentales, los que en su carácter de límite a la libertad de contratación serán estudiados en el capítulo que sigue a continuación; la segunda perspectiva correspondiente a la generalidad de conceptos

³⁶⁵ Sentencia C-345 de 2017.

³⁶⁶ Adoptamos tal calificativo, y es precisamente la primera dimensión en la que deben ser observados los límites constitucionales a la libertad de contratación, a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-113 de 2017, cuando ha expresado: “*en el derecho es común recurrir al uso de conceptos jurídicos indeterminados, muchos de ellos con un alto contenido valorativo, lo que, desde un punto de vista, dificulta la determinación de las condiciones de aplicación de las normas, pero que, desde otro ángulo y en algunos escenarios, permite a quien está más cerca del caso concreto, maximizar los propósitos de la norma y aplicar el derecho en un marco un poco más amplio y sensible a las características de los problemas específicos.*”

jurídicos indeterminados establecidos como nuevos límites por la doctrina constitucional, se estudiarán en el capítulo III de la segunda parte de la presente investigación.

CAPÍTULO II.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

En los diferentes pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional colombiana comentados en el capítulo precedente, se ha referido que la libertad de contratación se encuentra limitada, entre otros, por el respeto a los derechos fundamentales³⁶⁷, al tiempo que, como ya hemos referido, la doctrina española ha vinculado tales derechos como límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad y por ende, de la libertad de contratación, por lo cual se hace necesario, en términos generales, estudiar el concepto de los mismos y la manera como obran en calidad de límites a la libertad de contratación.

2.1 Derechos fundamentales: un problema de conceptualización.

Antes de abordar el tema correspondiente a los derechos fundamentales como límite a la libertad de contratación, sea lo primero tratar de desentrañar el origen y el contenido de la expresión “derecho fundamental”, para lo cual habremos de servirnos de diferentes fuentes doctrinarias, incluyendo por supuesto, al juez constitucional colombiano. Lo anterior, resulta de la máxima importancia si se tiene en cuenta que aquí radica la esencia de la teoría de la *Drittwirkung*, es decir, de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares³⁶⁸.

Antes de abordar el tema desde la perspectiva de la doctrina constitucional colombiana, y en el contexto jurídico español, y con el fin de dotarnos de elementos estructurales que nos

³⁶⁷ Cfr. Entre otras las sentencias SU-157 de 1999, T-693 de 2000, T-222 de 2004, T-517 de 2006, T-117 de 2006 y C-186 de 2011.

³⁶⁸ Bien vale la pena advertir, sin embargo, que la teoría del *Drittwirkung* se refiere a la efectividad de los derechos fundamentales en todo tipo de relación *inter privados*, y consecuentemente no solo en relaciones surgidas con ocasión de acuerdos contractuales, lo cual es el tema de la presente investigación. Para el efecto, recuérdese que los casos más emblemáticos de esta teoría, son los llamados “Caso Lüth”, “Caso Lebach” y el “Caso Blinkfüer”, de los cuales ninguna contempla situaciones de carácter contractual.

permitan entender o interpretar la misma, habremos de revisar, así sea sucintamente, los conceptos de derechos fundamentales propuestos por ilustres doctrinantes, grandemente influyentes en la teoría y filosofía jurídica actual, tales como el profesor alemán Dieter Grimm, el reconocido profesor Robert Alexy y el profesor italiano Luigi Ferrajoli³⁶⁹.

2.1.1. El aporte de Dieter Grimm.

Para iniciar esta breve revisión, hemos de recordar que para Grimm³⁷⁰, los derechos fundamentales surgen como producto de los intereses e ideas burguesas, es decir, son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, lo cual se confirmaría al establecer una suerte de coincidencia temporal entre el surgimiento de la sociedad burguesa y la “aparición” de los derechos fundamentales, que se explicaría por la relación existente entre sociedad burguesa, libertad individual y protección de la libertad a través de los derechos fundamentales.

En palabras de Grimm, frente a los desarrollos de la burguesía y al surgimiento del Estado como ente detentador del monopolio de la violencia, se preveía el riesgo de que, cayendo el control del Estado en “malas manos”, este se viera tentado de introducirse en el autogobierno social, por lo cual se hacía necesario limitar las posibilidades de intervención estatal en la esfera social, limitándolo a una simple función de garantizar libertad igual para todos.³⁷¹ En tal sentido, los derechos fundamentales se erigen como una decisión del sistema en favor de la libertad. Como consecuencia de este entendimiento de los derechos fundamentales, el profesor Grimm, distingue cuatro grupos de derechos fundamentales, así:

³⁶⁹ Por supuesto la doctrina circundante al tema es mucho más amplia, sin embargo nos limitaremos a estos autores, en primer, para no desviar el tema objeto de estudio, en segundo lugar por cuanto es evidente la representatividad y notoriedad que los mismos encarnan, y en tercer lugar, por cuanto su exposición resultará suficiente para el punto que se busca ilustrar.

³⁷⁰ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 81.

³⁷¹ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 83.

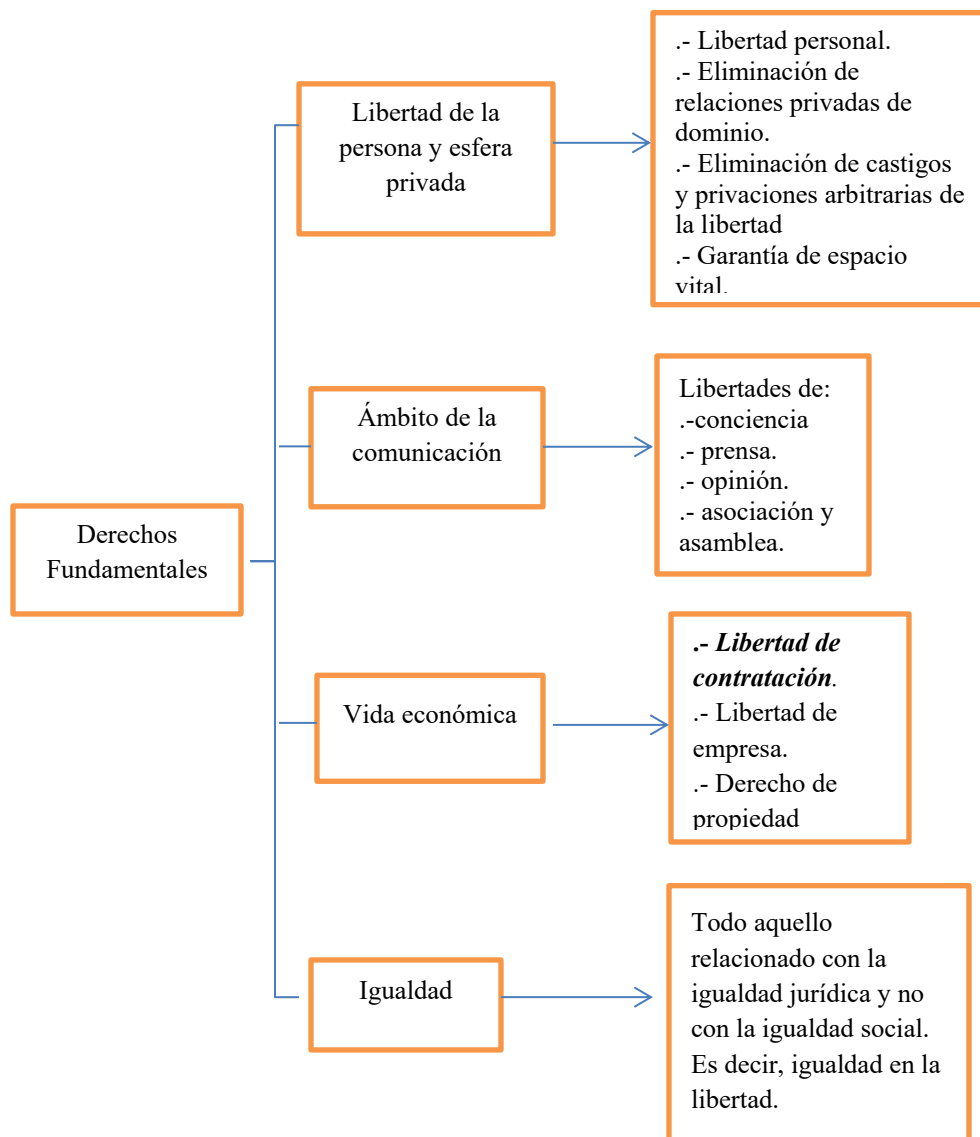


Figura 5. Clasificación de los derechos fundamentales según Dieter Grimm.

Ahora bien, según el reputado profesor Grimm, antes del surgimiento de los derechos fundamentales ya se reconocían libertades individuales, pero a diferencia de lo ocurrido con ellos, las libertades solo eran reconocidas en virtud de cierto *status* o de cierta pertenencia a un gremio. Esto representaría una diferencia profunda entre el antiguo régimen de libertades y el representado por los derechos fundamentales, pues en este último se parte de la premisa de la universalidad, es decir, los derechos fundamentales se reconocen al individuo en general y su validez se funda en el carácter universal de la persona.

Tomando como fundamento la *Bill of Rights*, refiere el profesor Grimm, que tales derechos pertenecen al hombre de manera natural, pues los hombres nacen libres e iguales en derechos, con lo cual, refiere, queda en evidencia la indisponibilidad de los mismos.³⁷² Ahora bien, el concepto de libertad defendido por los derechos fundamentales, representa la posibilidad de realizar un plan de vida propio sin la injerencia externa de terceros, ni siquiera del Estado, pero ello significa a su turno, el respeto de igual derechos para todos, por lo cual necesariamente se habrían de imponer límites a la libertad, que se legitiman en el valor supremo y las condiciones adecuadas y necesarias para el ejercicio de la libertad individual conforme a ellas.³⁷³

Bien, aun cuando el prestigioso rector del *Wissenschaftskolleg* de Berlín no propone una definición propia sobre el concepto de “derechos fundamentales”, si deja entrever en su líneas, las características que conforman a los mismos. Tales características conllevarían a entender que los derechos fundamentales son:

- .- Derechos reconocidos en favor del régimen de libertades surgidos a partir de las revoluciones burguesas.
- .- Derechos de carácter universal, reconocidos por ende a toda persona por su condición de tal y no por determinado *status* socio político.
- .- Derechos indisponibles.
- .- Derechos limitables.
- .- Derechos siempre adaptables y cambiantes, según la actividad estatal y las amenazas que se ciernan sobre la libertad.

2.1.2. El aporte de Luigi Ferrajoli.

³⁷² GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 78.

³⁷³ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 105.

A diferencia de lo acontecido con el profesor Dieter Grimm, el profesor italiano Luigi Ferrajoli sí ofrece una definición de lo que podría entenderse como derecho fundamental. Al respecto el profesor italiano, previa advertencia de que se trata de una definición formal³⁷⁴ o estructural, refiere:

*“son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”*³⁷⁵

El carácter formal de la definición formulada por el profesor italiano, conduce según su explicación, a entender que: i) prescinde de la circunstancia de hecho de que los derechos se encuentren formulados o no en los textos constitucionales, reconociendo en consecuencia, la posibilidad de existencia de derechos fundamentales no recogidos en textos positivos: ii) Esta definición sirve para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica y comporta, consecuentemente, el carácter indisponible e inalienable de los intereses protegidos por los derechos fundamentales.

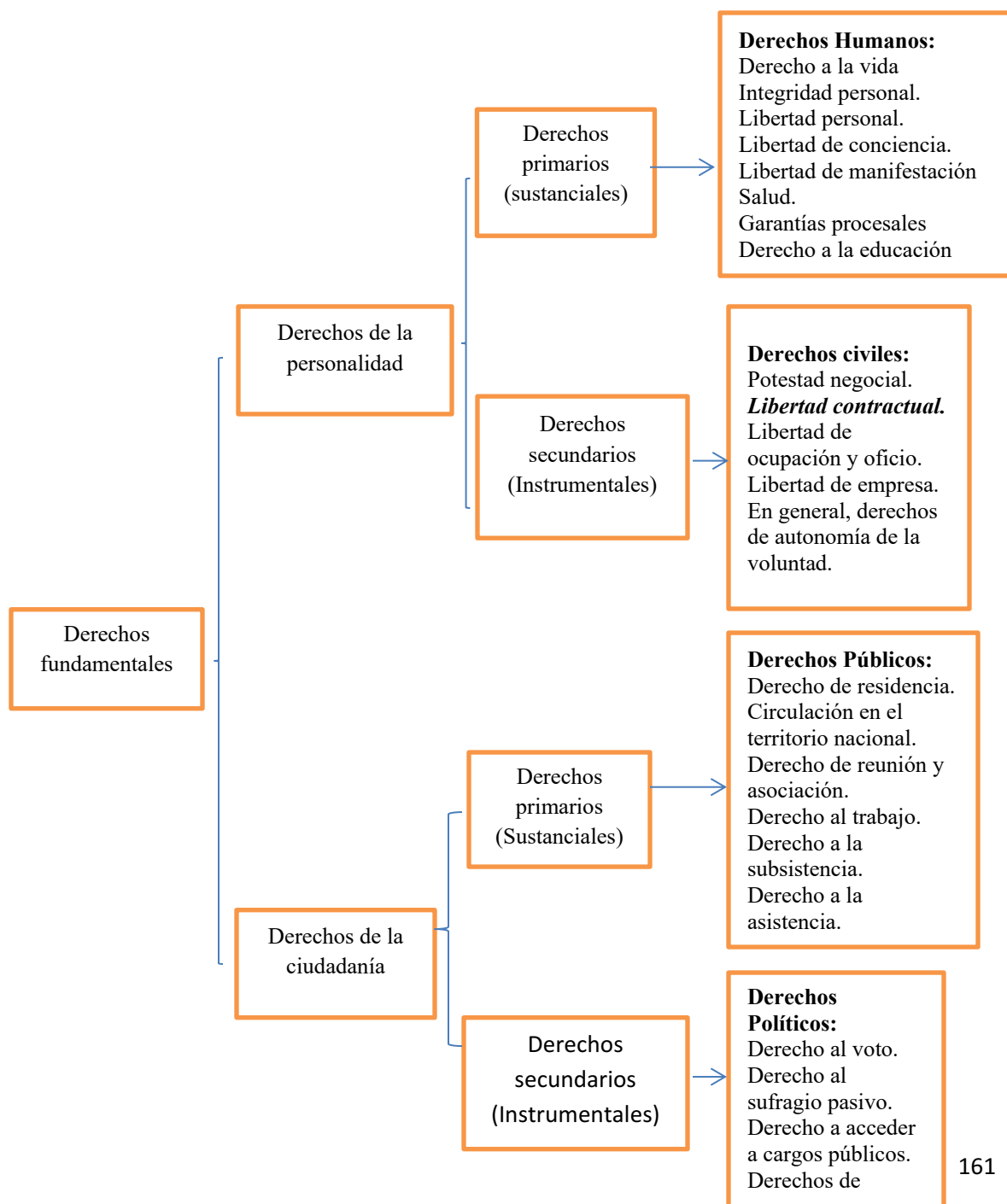
Bajo los conceptos de ciudadanía y capacidad de obrar, el profesor Ferrajoli edifica cierta estructura de los derechos fundamentales, en la cual reconoce dos grandes divisiones de los

³⁷⁴ Respecto de las “definiciones formales” de los derechos fundamentales, Martin Borowski ha realizado un interesante advertencia, en el sentido de preguntarse si en tal criterio formal se comprenden todos los derechos fundamentales o solo algunos de ellos, lo cual según el autor, es una carencia común y decisiva en todas las variantes del concepto formal de derecho fundamental. Cfr. BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. Pág. 34.

³⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta Madrid. Cuarta Edición. 2009. Pág. 19.

mismos a saber: derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, las cuales a su turno, encuentran dos divisiones adicionales correspondientes a derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios, instrumentales o de autonomía.

La clasificación formulada por el ilustre profesor italiano puede observarse de mejor manera en el siguiente gráfico:



Ahora bien, reconoce el autor en estudio, que los derechos fundamentales existen incluso desde el imperio romano y que generalmente se han encontrado limitados en tanto su atribución y reconocimiento refiere, a determinados sujetos, por ende, en cuanto la universalidad de los derechos fundamentales reconocidos a los seres humanos en cuanto su calidad de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, lo único que habría cambiado es su significado, que a través del tiempo ha dejado de ser discriminatorio y por ende restringido, para ser un concepto incluyente y más amplio³⁷⁶.

Uno de los puntos tal vez, más importantes derivados de la definición propuesta por el profesor Ferrajoli, radica en la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que hace el autor, de los cuales ha dicho que, en tanto los derechos patrimoniales son singulares -por ende diferentes para cada uno en cantidad y calidad-, los derechos fundamentales son universales³⁷⁷ en tanto que son comunes a todos³⁷⁸; ocurre además que por naturaleza, los derechos patrimoniales son disponibles, alienables y negociables, contrario a lo que sucede con los derechos fundamentales que al decir del autor, son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y, personalísimos.

Respecto de la indisponibilidad de los derechos fundamentales ha dicho el profesor Ferrajoli que la misma significa que se sustraen tales derechos tanto a las decisiones de la política como del mercado, con lo cual surge una forma de indisponibilidad activa y otra pasiva correspondientemente, La indisponibilidad activa conduce a entender, que los derechos fundamentales no son alienables por su mismo titular, y en tal orden de ideas *“no puedo vender mi libertad personal, o mi derecho de sufragio y menos mi propia autonomía*

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2009, Pág. 24.

³⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2009, Pág. 30.

³⁷⁸ No obstante este es un punto que es objeto de crítica a Ferrajoli por parte de Danilo Zolo, quien advierte que para ser coherente, Ferrajoli solo debería oponer a los derechos patrimoniales aquellos derechos fundamentales atribuidos a la persona humana por su condición de tal, lo cual desvirtúa los *status* de ciudadano o persona con capacidad de obrar que ha empleado en la formulación de su definición. Cfr. ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “Derechos Fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. Cit. 2009 Pág. 84

*contractual*³⁷⁹; en tanto que la indisponibilidad pasiva conduce a la idea de que los derechos fundamentales no son expropiables ni limitables por terceros, entre ellos el Estado³⁸⁰, de tal manera que “ninguna mayoría por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad, o de mis derechos de autonomía”³⁸¹.

No obstante la definición intentada por el profesor Ferrajoli, él mismo admite que tal definición solo puede describir los caracteres estructurales de los derechos fundamentales, pero en manera alguna puede advertir cuáles son tales derechos, pues esa pregunta, solo podrá ser respondida *a posteriori*, cuando determinado interés quiera ser garantizado, pues en tal caso mediante sanción constitucional y a través de reglas téticas se lo sustraerá tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría o a las decisiones políticas, adoptando el carácter de derecho fundamental³⁸².

A esta altura, ya se podrán identificar ciertos rasgos diferenciadores entre la concepción del término “derecho fundamental” realizada por el profesor Dietter Grimm y el profesor Luigi Ferrajoli, especialmente en cuanto a la limitación de las libertades refiere, sin embargo hay un punto en común que resulta de interés para nuestro estudio y es que tanto el profesor alemán como el profesor italiano reconocen la libertad de contratación como un derecho

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2009. Pág. 32. No obstante tal posición es criticada por Mario Jori, quien advierte que según la posición asumida por Ferrajoli en este particular, pareciera que los derechos fundamentales protegen intereses demasiado importantes como para ser dejados al arbitrio de sus propios titulares, sin embargo tal postura se contradice en cuanto el mismo Ferrajoli advierte que los derechos fundamentales no necesariamente tienen que ver con interés vitales. Recuérdese para el efecto, que el mismo profesor italiano ha trivializado el concepto cuando ha manifestado que si fuera establecido como universal el derecho a ser saludado en la calle por los conocidos, o el derecho a fumar, estos tomarían el carácter de derecho fundamental. Cfr. JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. Cit. 2009. Pág. 121.

³⁸⁰ Esta postura, a su turno es objeto de críticas por Riccardo Guastini, quien a manera de ejemplo, toma el caso de la libertad personal, la cual obviamente corresponde a un derecho fundamental, que sin embargo puede ser objeto de limitación por parte del Estado, a través de una decisión judicial debidamente motivada. Cfr. GUASTINI, Riccardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. En AA. VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. Cit. Pág. 62.

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2009. Pág. 32

³⁸² FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho. En. AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. Cit. 2009. Pág. 146.

fundamental³⁸³ en sí misma, posición que será confirmada a su turno por el ilustre profesor Robert Alexy³⁸⁴.

2.1.3. El aporte de Robert Alexy.

Efectivamente, el también profesor alemán, Robert Alexy, ha definido los derechos fundamentales como “*posiciones tan importantes que su otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria*”³⁸⁵; no obstante, más que la definición ofrecida por el ilustre autor en cita, nos interesan las características que él mismo ha establecido respecto de los derechos fundamentales, de las que ha dicho: “*los derechos fundamentales regulan con rango máximo y con máxima fuerza jurídica, objetos de la máxima importancia con máxima indeterminación*”, con lo cual extrae cuatro elementos característicos de los derechos fundamentales a saber: i) Máximo rango: característica asociada con el hecho de que los derechos fundamentales se regulan por vía de la Constitución; ii) Máxima fuerza jurídica: con lo cual ya no son meras declaraciones programáticas carentes de tutela judicial, sino que vinculan en su tarea de protección a todos los operadores judiciales, comprendiendo desde aquellos de menor categoría hasta los mismos tribunales constitucionales; iii) Máxima importancia de objeto: lo que se traduce en el hecho de que a través de los derechos fundamentales se decide la estructura básica de la sociedad, y; iv) Máximo grado de indeterminación, que conlleva a entender que los derechos fundamentales no son única y exclusivamente los descritos por los textos constitucionales sino los contenidos en las sentencias del tribunal constitucional.

³⁸³ Cfr. Figs. No. 3 y 4.

³⁸⁴ Dice el profesor Alexy que la libertad contractual – que nos permitimos interpretar como libertad de contratación- conforma junto con la garantía de la propiedad, la libertad de profesión u oficio los elementos que determinan, para el caso alemán, la autonomía de mercado. ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En AA.VV. Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid. Segunda edición. 2005. Pág. 34

³⁸⁵ Citado por ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Legis. Bogotá. 2005. Pág. 7.

En palabras del profesor Alexy “[l]os derechos fundamentales son los que son sobre todo a través de interpretación”³⁸⁶, lo cual coincide con lo expresado por el profesor Diego López, cuando refiere que los derechos fundamentales “son los que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”.³⁸⁷

2.1.4. Derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana.

Como se puede observar, pese a los reconocidos esfuerzos realizados por los importantes académicos citados, entre muchos otros, es poco lo que se ha logrado en cuanto establecer qué es un derecho fundamental, o cuáles son los derechos fundamentales. La doctrina nacional, siguiendo la línea trazada por la Corte Constitucional colombiana no ha sido ajena al debate circundante respecto de la determinación del concepto de derechos fundamentales. ¿Cuáles son los derechos fundamentales? Se pregunta el exmagistrado Manuel José Cepeda, advirtiendo que tal pregunta seguramente ocupará por mucho tiempo la atención de jueces, abogados y filósofos, y concluyendo que la última palabra respecto a tal interrogante, para el caso colombiano, la tendrá la Corte Constitucional³⁸⁸.

El problema de indeterminación de los derechos fundamentales, en el contexto colombiano, inicia por el hecho de que nuestra carta constitucional no definió los conceptos de “derecho constitucional fundamental” o “derecho fundamental” desprendidas de los artículos 85 y 152 respectivamente³⁸⁹ ni tampoco estableció un *numerus clausus* de derechos fundamentales, tal como lo contempla v.gr. la dogmática constitucional alemana.³⁹⁰ Tempranamente el Consejo de Estado colombiano, advirtió que los derechos constitucionales fundamentales a que se refiere el artículo 86 de la Constitución, son los definidos exclusivamente por el Título II, Capítulo I de la misma carta constitucional; no obstante, sería la misma Corte Constitucional colombiana, quien a través de su

³⁸⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. Pág. 35.

³⁸⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. 2009. Pág. 3.

³⁸⁸ CEPEDA E. Manuel José. Los derechos fundamentales en la constitución de 1991. Editorial Temis S.A. Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1992. Pág. 2

³⁸⁹ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. Op. Cit. Pág. 142.

³⁹⁰ CHINCHILLA HERRERA. Op. Cit. Pág. 122.

jurisprudencia se encargaría de develar el error en el que habría incurrido su par de la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, con base en las discusiones y debates surgidos al seno de la Asamblea Nacional Constituyente del año de 1991³⁹¹, la Corte Constitucional ha referido que el constituyente colombiano no determinó de manera taxativa cuales son los derechos fundamentales³⁹², sin embargo si los caracterizó, estableciendo que para identificar un derecho de tal naturaleza, este debe reunir, a manera de requisitos esenciales con los requisitos de conexión directa con los principios, eficacia directa y contenido esencial³⁹³ lo cual se vio reforzado mediante interesante pronunciamiento posterior contenido en la sentencia T-418 de 1992, en la que advirtió que “[L]os derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal.”

Considerando lo anterior, la Corte Constitucional colombiana ha intentado crear una línea jurisprudencial que le ha llevado a defender diferentes posturas que han oscilado entre la idea de que tales derechos corresponden a derechos subjetivos de aplicación inmediata³⁹⁴ y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona³⁹⁵.

Así las cosas, caben destacar las sentencias T-01 de 1992, T-418 de 1992, T-419 de 1992, T-420 de 1992, T 462 de 1992, T-240 de 1993, SU-225 de 1998 y T-1306 de 2000, en las

³⁹¹ Es necesario tener en cuenta, que la indeterminación de los derechos que ostentan el carácter de fundamentales, no obedece a un descuido de parte de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente del año de 1991; por el contrario, en las actas de las sesiones referentes al tema, se pueden observar las intervenciones de los constituyentes Juan Carlos Esguerra, Otty Patiño, Fernando Carrillo, Jesús Pérez, entre otros, quienes respaldaban la opinión de la inconveniencia de la taxatividad de los derechos que debían ostentar tal carácter, bajo la idea de que lo que hoy puede ser un derecho fundamental, mañana puede no serlo, o viceversa. Por lo anterior, los constituyentes consideraron que la calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez y no de la Constitución Nacional. Cfr. Gaceta Constitucional No. 24 pág. 7.

³⁹² Sentencia T-027 de 1992.

³⁹³ Sentencia T-406 de 1992.

³⁹⁴ Cfr. Entre otras las sentencias SU-225 de 1998 y SU-819 de 1999.

³⁹⁵ Cfr. Entre otras las sentencias T-01 de 1992, T-462 de 1992 y T 1306 de 2000.

cuales, entre muchas otras, se podrá observar la pluralidad de conceptos que ha asumido respecto de tan importante tema. Sin embargo en sentencia T-227 de 2003, con base en la experiencia pasada ya relatada, la Corte Constitucional colombiana acepta, finalmente, que no le es posible establecer un concepto claro y preciso respecto de los derechos fundamentales, pero sí admite que el eje central en el análisis de los mismos radica en el concepto de dignidad humana, entendido como valor central del sistema y principio de principios.

Ha explicado la Corte, que:

“... será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).”

(...)

“Lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano.

No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para predicar el respeto por dicho valor.”

El profesor Chinchilla Herrera, desde una perspectiva evidentemente optimista, refiere que la indeterminación y falta de taxatividad de los derechos fundamentales, permite que, para el caso colombiano, la Corte Constitucional entre en la búsqueda de la justicia material como principio informador del Estado Social de derecho y le permite situarse más cerca de la realidad socioeconómica y asumir el compromiso de defensa de los derechos humanos³⁹⁶. El profesor Dieter Grimm, parece no compartir el optimismo descrito, pues por el contrario advierte que la dinamización de los derechos fundamentales, es decir, su adaptación a la cambiante vida social, se adquiere al precio de lesionar la seguridad jurídica y el poder vinculante del derecho.³⁹⁷

2.1.5. Derechos fundamentales en la Constitución española.

En el contexto español ocurre curiosa situación derivada de la forma en que se ha consagrado su catálogo de derechos fundamentales. A partir de lo dispuesto por los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Carta constitucional española, doctrinantes locales y foráneos, han llegado a defender la idea según la cual de la carta constitucional de 1978 emana un listado taxativo de derechos fundamentales, al igual que una definición expresa e inequívoca de lo que debe entenderse por derecho fundamental.³⁹⁸ El ilustre profesor español Luís Prieto Sanchís, asume posición diametralmente opuesta a la indicada, pues no solo niega que la carta constitucional contenga una definición de

³⁹⁶ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. Op. Cit. Pág. 162.

³⁹⁷ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 106.

³⁹⁸ Cfr. CHINCHILLA HERRERA, Tulio. Op. Cit. Págs. 142 y 162. A pesar de que El referido profesor Chinchilla reconoce que a diferencia de la simplicidad observada en la carta de derechos alemana, la carta constitucional española adoptó un complejo sistema de derechos distribuidos en categorías y subcategorías que dificulta el manejo y genera confusión.

derecho fundamental, sino que además refiere no encontrar ninguna orientación o guía que conduzca a establecer claramente cuales derechos son en esencia fundamentales.³⁹⁹

Inicia el reputado profesor por controvertir la idea según la cual un derecho fundamental encierra el poder jurídico de actuar en defensa de dicho derecho, dicho en palabras del profesor López y López, los derechos fundamentales “son posiciones jurídicas subjetivas dotadas de acción”⁴⁰⁰, de lo cual concluye el profesor Prieto, que en tal orden de ideas, el único y verdadero derecho fundamental sería el recurso de amparo.⁴⁰¹ De otro lado, sostiene que resulta difícil encontrar rasgos característicos comunes de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución española, que sirvan como elementos diferenciadores de otros derechos considerados subjetivos más no fundamentales, concluyendo en consecuencia, que el estudio de la estructura formal de los derechos fundamentales no ofrece una guía precisa que permita delimitarlos.⁴⁰²

Visto lo anterior, y con el fin de explorar los rasgos que pudieran tornarse en característicos de los derechos fundamentales, procede el profesor Prieto a enfocar su atención en el concepto de universalidad, el cual lo entiende como el rasgo que extiende el derecho a toda persona sin excepción, esto es a toda persona en general (adulto o joven, empresario o trabajador, opulento o necesitado, nacional o extranjero, etc.). Visto así, concluye que tal característica tampoco se hace presente como rasgo común en el catálogo de derechos desprendidos del texto constitucional, pues existen derechos que el texto comprende como fundamentales, y que son sin embargo aplicables exclusivamente a los ciudadanos españoles y no los extranjeros; o a los jóvenes, o a los ancianos, etc. Con lo cual concluye que el concepto de universalidad no se hace presente como rasgo común y característico en el catálogo de derechos de la Carta constitucional española.⁴⁰³

³⁹⁹ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 76

⁴⁰⁰ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Nota al pie No. 4. Pág. 256

⁴⁰¹ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 78

⁴⁰² PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 79

⁴⁰³ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 83

Idéntica situación ocurre en cuanto explora la característica de la supremacía de los derechos fundamentales, con lo cual concluye afirmando que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución española de 1978 no presentan una estructura formal que los caracterice, ni son universales ni mucho menos absolutos. Así las cosas, tomando como base las consideraciones históricas respectivas, opta por entender que en realidad solo se está frente a un derecho fundamental, cuando dicho derecho se relacione, esto es, sirva a los valores relacionados con la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la participación política.⁴⁰⁴

No obstante todo lo anterior, el ilustre tratadista en cita asume la tarea de responder a la pregunta acerca de qué son, aquí y ahora los derechos fundamentales, lo cual responde de manera sencilla bajo el entendimiento de que *“los derechos fundamentales son derechos constitucionales y, por tanto, resistentes ante la voluntad de cualquiera de los órganos políticos que encarnan el poder constituido.”*⁴⁰⁵ El reconocimiento constitucional se erige como condición de reconocimiento de los derechos fundamentales en su función de obligación estatal y conlleva a entender que, ciertamente, el listado de derechos fundamentales expuestos como tal por el texto constitucional, origina un listado taxativo, esto es, un *numerus clausus*. La situación así expuesta, choca frontalmente con los planteamientos de los profesores Ferrajoli y Alexy, expuestos líneas arriba, pues habrá de recordarse que los citados tratadistas italiano y alemán advertían sobre la posibilidad de encontrar derechos fundamentales aún por fuera de los textos constitucionales.

Al respecto el profesor Prieto ha advertido que el reconocimiento constitucional de los derechos no es una condición de su existencia jurídica, pero sí un requisito de su efectividad como obligaciones estatales⁴⁰⁶, es decir, si he comprendido bien al autor, los derechos fundamentales pueden existir por fuera del texto constitucional, pero en tal caso, carecen de aplicación práctica.

⁴⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 88

⁴⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 97.

⁴⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 111.

No obstante, a partir de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional español puede establecerse que tampoco es cierto que los derechos que surgen de los artículos 14 al 29 del texto constitucional, comportan efectivamente derechos fundamentales⁴⁰⁷, tal como se desprende por ejemplo, de la sentencia 93/1983 fundamento 5, o de la sentencia 68/1985 fundamento 3, con lo cual el presunto listado preciso de derechos fundamentales, resulta ser, en realidad, un listado incierto.

Visto todo lo anterior, y considerando la autoridad encarnada en los ilustres tratadistas citados y en la Corte Constitucional colombiana, se puede colegir que no existe claridad o consenso respecto de qué son o de cuáles son los derechos fundamentales, pues las diferencias conceptuales y estructurales derivadas de las diferentes posturas examinadas, impide encontrar alguna uniformidad, así sea mínima, frente a este espinoso tema. Siendo así las cosas, es evidente que al establecer los derechos fundamentales como límite a la libertad de contratación, se ha constituido un límite un tanto gaseoso, pues el término “derecho fundamental” se torna en un concepto jurídico indeterminado.

Cobran importancia aquí, los interrogantes formulados por el profesor López y López, cuando se pregunta, con respecto al contexto español y en consideración a que la imputación de violación de derechos fundamentales en los actos *inter privados*, se hace es frente al juez civil: “¿Qué concepto de derechos fundamentales manejamos? ¿sólo los tutelables directamente ante la justicia constitucional, o todos los que comportan limitaciones al legislador? ¿cuáles son las posibilidades y el alcance de la *Drittwirkung* fuera de los procedimientos constitucionales? ¿Qué relación mantiene con ella el general principio de *interpretatio secundum Constitutionem*?”⁴⁰⁸ Preguntas que, como se ha

⁴⁰⁷ JIMENEZ BLANCO, Antonio. Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución. En AA.VV. Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1991. Pág. 640. En el mismo sentido GARCÍA TORRES, Jesús. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio. Op. Cit. Pág. 51.

⁴⁰⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 136

visto, caben frente a cualquier ordenamiento jurídico, pero que evidentemente se hacen más relevantes en el contexto jurídico español que en el colombiano.⁴⁰⁹

Vistas así las cosas, razón le asiste al profesor Grimm, cuando refiere que al no existir claridad respecto de qué son los derechos fundamentales, *“es frecuente la propensión a contemplar toda libertad jurídicamente protegida como un derecho fundamental”*⁴¹⁰, para nuestros efectos, la propensión sería la de considerar toda libertad jurídicamente protegida como un límite a la libertad de contratación.

2.2. Libertad de contratación como derecho fundamental.

De lo anteriormente estudiado surge inevitablemente una pregunta, que merece ser respondida a fin de solventar los intereses del presente trabajo investigativo. Tal pregunta podría ser formulada así: ¿Siguiendo la línea trazada por los profesores Dieter Grimm, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, se concibe en la doctrina constitucional colombiana y española, la libertad de contratación como un derecho fundamental, en sí mismo considerado?

Dejando de lado las diferencias conceptuales que surgen del concepto “derecho fundamental”, hemos visto líneas arriba como existe un claro consenso entre los profesores Grimm, Ferrajoli y Alexy en considerar que la libertad de contratación representa en sí misma un derecho fundamental, aun cuando tal consideración se presente de diferente manera. Así, mientras para el profesor Grimm la libertad de contratación corresponde a un derecho fundamental asociado a la vida económica, para el profesor Ferrajoli corresponde a un derecho fundamental asociado a los derechos de la

⁴⁰⁹ Al parecer del referido profesor sevillano los interrogantes arriba planteados, surgen a partir de la distracción que, para el caso español, ha surgido frente al hecho de distraer la atención con el problema procesal y esconder, consecuentemente el problema sustantivo existente. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 136.

⁴¹⁰ GRIMM, Dieter. Op. Cit. Pág. 77.

personalidad de carácter secundario, perteneciente por tanto a los derechos civiles⁴¹¹; el profesor Alexy a su turno ubica el derecho a la libertad de contratación como uno de aquellos que contribuyen a determinar una economía de mercado como parte de la estructura de la sociedad⁴¹².

No obstante, el criterio de considerar la libertad de contratación como un derecho fundamental no es uniforme. Los destacados juristas arriba comentados refieren con propiedad, lo acaecido frente a la libertad de contratación en el contexto jurídico alemán e italiano según corresponda, sin embargo, tal como se ha visto anteriormente, en otros contextos jurídicos, la libertad de contratación solo ha podido gozar de reconocimiento constitucional, mediante la vinculación de la misma a otros derechos fundamentales o valores constitucionales, tales como el derecho del libre desarrollo de la personalidad, o a la libertad de empresa.⁴¹³

De esta manera, es decir tomando como base la discrepancia que surge respecto de la consideración de la libertad de contratación como derecho fundamental en los diferentes contextos jurídico-constitucionales, y considerando además que la carta constitucional colombiana no consagra *per se* un catálogo taxativo o un *numerus clausus* de derechos fundamentales⁴¹⁴, cobra plena validez la pregunta acerca de si la doctrina constitucional colombiana reconoce a la libertad de contratación el carácter de derecho fundamental.

Esta pregunta adquiere relevancia respecto del tema objeto de la presente investigación, bajo el entendido de que, según lo ha expuesto la doctrina emanada de la Corte

⁴¹¹ Cfr. Figs. 3 y 4.

⁴¹² ALEXY, Robert. Op. Cit. 2003. Pág. 34.

⁴¹³ Cfr. Numerales 1.4.2.1 y 1.4.2.2 de la presente investigación.

⁴¹⁴ Comenta el exmagistrado Manuel José Cepeda, que en Sala de Tutela integrada por los Magistrados Alejandro Martínez, Fabio Morón y Simón Rodríguez, sostuvo entre otras consideraciones, la siguiente: “Fuerza es concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título ‘De los derechos fundamentales’ y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991.” Cfr. CEPEDA E. José Manuel. Op. Cit. Pág. 4.

Constitucional colombiana, la libertad de contratación puede verse limitada por el respeto a derechos fundamentales, y en tal sentido, si la libertad de contratación se erige en sí misma como un derecho fundamental, la limitación frente a otros derechos fundamentales, cuando se presenta una colisión entre ellos, debe hacerse por vía de un ejercicio de proporcionalidad o razonabilidad, en el cual, al resolverse la colisión de los derechos fundamentales que han confrontado, debe garantizarse que con el ejercicio de ponderación no se sacrifica ninguno de los derechos en pugna, sino que ambos se realicen en la mayor medida de lo posible.⁴¹⁵ Como es claro, el ejercicio de ponderación solo responderá a las circunstancias específicas de cada caso particular y no representa una disminución jerárquica permanente y definitiva de uno de los derechos en tensión frente al otro.

De otro lado y antes de proceder a buscar la respuesta al interrogante planteado, cabe recordar que existe igualmente un consenso en la doctrina consultada – salvo la española –, en establecer que los derechos fundamentales no son simplemente aquellos descritos por los textos constitucionales como tal – si es que tales textos contemplan un catálogo de derechos fundamentales –, sino aquellos resultantes de los consensos o de los pronunciamientos jurisprudenciales.

Así las cosas, debemos iniciar por advertir que responder al interrogante planteado respecto de si la libertad de contratación es considerada un derecho fundamental en la práctica constitucional colombiana, no resulta ser una tarea sencilla, pues luego de hurgar entre la doctrina constitucional circundante al tema, debemos decir que en este punto se han generado posiciones antagónicas que se explican en las líneas que siguen a continuación.

En sentencia T-423 de 1993, la Corte ha reconocido la fundamentalidad del derecho a la autonomía privada y ha establecido la necesidad de diferenciar tal derecho de los

⁴¹⁵ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Op Cit. Pág. 234.

derechos patrimoniales, requiriendo en consecuencia de los jueces una atención más denodada, al momento de enfrentar conflictos contractuales que involucren problemas constitucionales semejantes. En tal orden de ideas quedarían claras, al menos dos situaciones: i) se reconoce el carácter de derecho fundamental a la autonomía privada y por ende, siendo que la libertad de contratación hace parte de aquella⁴¹⁶, la fundamentalidad se haría extensiva a esta última; ii) La corte constitucional colombiana, exigía de parte de los jueces inferiores, que en cuanto obren en calidad de jueces de constitucionalidad, debían realizar análisis más detenidos al resolver las cuestiones contractuales que involucren problemas constitucionales.

No obstante, de otro lado encontramos que en los primeros desarrollos jurisprudenciales la Corte Constitucional colombiana fijó una pauta de entendimiento de lo que representa la libertad de contratación, en la sentencia T-240 de 1993, cuando al respecto manifestó:

“La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (CP art. 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (CP art. 16); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisa del contrato (CP arts. 38 y 39); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir

⁴¹⁶ Cfr. Figura No. 1 del presente trabajo.

forma contractual (CP art. 42); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (CP art. 333) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (CP art. 333). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional”.

Posteriormente, en sentencia T-517 de 2006, la Corte Constitucional ha referido que cuando se produzca tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales, deben prevalecer estos derechos. Luego, mediante sentencia C-186 de 2011, el juez constitucional colombiano hace un estudio detallado del alcance de la libertad de contratación y de los límites a los cuales se encuentra sometida, entre los cuales destaca el principio de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad, el bien común, la función social de la empresa, la dirección general de la economía y especialmente, los derechos fundamentales de las personas, para concluir advirtiendo que en el ordenamiento jurídico colombiano la autonomía de la voluntad privada, - y por ende la libertad de contratación-, debe ser entendida como un principio que puede verse limitado, entre otros, por el respeto de los derechos fundamentales.

Para entender los pronunciamientos del juez constitucional respecto de este tema, se hace necesario recordar la estrecha relación lenguaje – derecho, la cual no resulta superficial bajo el entendido de lo expresado por Aulus Aarnio, quien ha manifestado:

“Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo

como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje.”⁴¹⁷

En tal sentido, ha de entenderse que el lenguaje permite que el derecho, como una técnica de regulación de la conducta humana, expresado para el presente caso por los pronunciamientos del alto juez constitucional colombiano, sea conocido por los destinatarios y en consecuencia, adecuen sus comportamientos de manera correspondiente.⁴¹⁸

Visto lo anterior, de las últimas providencias estudiadas, que sin lugar a dudas representan el sentir de la doctrina constitucional respecto del tema en estudio, pueden extraerse al menos dos aspectos sustanciales que contribuyen a resolver la cuestión planteada: i) Se ha generado por vía jurisprudencial, una regla según la cual siempre que colisione la libertad de contratación con un derecho fundamental, la regla debe resolverse en favor del derecho fundamental, lo cual muestra que se prescinde de la elaboración de un juicio de proporcionalidad cada vez que suceda un conflicto de tal naturaleza, y; ii) La construcción de los escritos referentes al tema, huelga decir, su redacción, muestran el claro interés del juez constitucional por excluir la libertad de contratación como un derecho fundamental; no de otra manera pueden interpretarse expresiones tales como la de advertir que: “[C]uando se produce una tensión entre la libertad de contratación y derechos constitucionales fundamentales [...] deben prevalecer estos derechos.”⁴¹⁹

Así las cosas, resulta palmario que en la doctrina emanada de la Corte Constitucional colombiana en general, es decir, tanto en las primera sentencias que abordan el tema como en las sentencias más recientes, ha habido uniformidad respecto de no darle a la libertad de

⁴¹⁷ AARNIO, Aulus. Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Mexico. 2000. Pág. 12.

⁴¹⁸ GOMEZ, A y BRUERA, O. Análisis del lenguaje jurídico. Editorial Belgrano. Buenos Aires. 1998. Pág. 12.

⁴¹⁹ Sentencia T-517 de 2006.

contratación el tratamiento correspondiente a un derecho fundamental, aunque sí se reconoce la misma como la base sobre la cual cobran efectividad un gran número de derechos fundamentales, con lo cual, al menos en lo que a este aspecto refiere, el juez constitucional colombiano parece haber tomado partido por la posición francesa y no por la posición italiana o alemana.

Razón le asiste a los profesores José Guillermo Castro y Nathaly Ximena Calonje, cuando refieren que *“no se pueden restringir libertades del individuo, por parte del Estado (tampoco por parte de particulares), sin una previa aplicación del principio de proporcionalidad, en el que quede claramente justificada la restricción correspondiente y por ende, la libertad de contratación, pareciera haberse visto afectada de una manera desproporcionada.”*⁴²⁰

El profesor Castro Ayala se inclina por la postura que niega el carácter de derecho fundamental a la autonomía de la voluntad, en general, y a la libertad de contratación en particular. Al respecto ha manifestado que *“resulta extraño que la autonomía privada, entendida como libertad negocial, como uno de los principales atributos de la personalidad de cualquier sujeto, no esté protegida debidamente como un derecho fundamental en nuestra constitución, en un abierto desconocimiento de todo el bloque de constitucionalidad y en una negación de las partes esenciales del individuo...”*⁴²¹

En realidad la extrañeza que se ha expresado líneas arriba carece de fundamento si se acepta que la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación como expresión de aquella, son derechos de carácter económico y por ende no se erigen en derechos fundamentales, sino en derechos que pueden ser limitados por el legislador en procura del interés general, tal como ocurre con los derechos a la libertad de empresa, a la libertad

⁴²⁰ CASTRO AYALA, José Guillermo. CALONJE LONDOÑO, Nathaly Ximena. Derecho de las obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, 2015. Pág. 31.

⁴²¹ CASTRO AYALA, José G. Op. Cit. Pág. 105.

económica y a la libre competencia, y tal como lo ha expresado con contundencia la Corte constitucional colombiana en sentencia T-021 de 2005.

En dicha sentencia la alta Corte ha manifestado:

“... la acción de tutela no procede para la protección de los derechos a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia invocados por la tutelante, por cuanto éstos no constituyen derechos fundamentales, como se desprende de su ubicación dentro de la Carta, entre otras razones. En efecto, la Corte ha sostenido que las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser ampliamente limitadas por el legislador en aras del interés general, tal como lo establece el artículo 333 de la Carta.”

En el contexto del derecho español, aunque se acepta, como es lógico, que la libertad de contratación forma parte de la autonomía de la voluntad, no se encuentra en el texto constitucional norma alguna que garantice la autonomía de la voluntad o la libertad de contratación, por vía directa.⁴²² Por vía indirecta se ha entendido que la libertad de contratación hace parte de la libertad y como tal se encuentra comprendida en el artículo 1º de la Constitución⁴²³; en el ámbito económico se ha entendido que la libertad de contratación forma parte de la libertad de empresa⁴²⁴, la cual efectivamente cuenta con protección constitucional como uno de los llamados “derechos de autonomía”⁴²⁵, pero advirtiendo que no se trata, en manera alguna, de una libertad absoluta, sino que se puede

⁴²² En contra de esta posición, la profesora Llorente San Segundo, quien no solo considera que la autonomía de la voluntad tiene el carácter de derecho fundamental, sino que además refiere, goza de expreso reconocimiento constitucional en el artículo 10.1 del texto constitucional español. Cfr. LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada. Op. Cit. Pág. 107.

⁴²³ Aunque no debe confundirse con el concepto de “libertad personal”, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencia STC 27.6.1990 cuando manifestó contundentemente que la autonomía de la voluntad nada tiene que ver con la libertad personal, pues ésta última se relaciona es con la libertad física, contraria a la detención arbitraria.

⁴²⁴ STC 27.10.2003

⁴²⁵ Los que garantizan un ámbito de inmunidad y generan en consecuencia obligaciones negativas o de abstención de interferencia por parte de los obligados. Cfr. PRIETO SANCHIS, Luís. Op. Cit. 1990. Pág. 133.

ser restringida por vía legislativa⁴²⁶; de otro lado, se ha entendido que la libertad de contratación, puede ser comprendida como elemento fundamental de la dignidad por cuanto permite la posibilidad de relacionarse jurídicamente, y consecuentemente la libertad de contratación haría parte del libre desarrollo de la personalidad.⁴²⁷

Frente a las forzadas interpretaciones anteriores, el profesor Ángel M. López y López, en posición que compartimos plenamente, ha considerado, con acierto, que la libertad de contratación se erige como una garantía institucional y no como un derecho fundamental⁴²⁸. Para el efecto habrá de tenerse en cuenta que por garantía institucional se entiende un tipo de protección constitucional⁴²⁹ que asegura la conservación de una institución jurídica – la libertad de contratación, para los efectos del presente trabajo – pero a la vez se reconoce en el legislador un poder de configuración superior al de los derechos fundamentales. Según lo explicado por el profesor López y López, de las garantías institucionales pueden surgir posiciones jurídicas subjetivas que i) son accesorias a la protección de la institución jurídica respectiva; ii) pueden ser eventualmente suprimibles o limitables (tal como acontece con la libertad de contratación), y; iii) se establecen como posiciones subjetivas de relevancia constitucional.⁴³⁰

⁴²⁶ Nótese sin embargo, que la libertad de empresa como derecho fundamental ha encontrado resistencia en cuanto ha llegado ser desconocido tal carácter por algún sector de la doctrina y ha sido resignificado como “garantía institucional” y no como derecho fundamental. Cfr. Nota al pie No. 5 en LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. Pág. 257.

⁴²⁷ ATÁZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 131.

⁴²⁸ Aunque las garantías institucionales no tiene referencia expresa en el texto constitucional español, es evidente que han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional, en sentencias en las cuales, además, se han establecido las diferencias con los derechos fundamentales. Dicha situación puede verificarse entre otras, en la sentencia STC de 28 de Julio de 1981 o en la STC 26 de 1987, en la cual se definía la calidad de la autonomía universitaria. La diferencia a juicio del alto tribunal, radica en el mayor o menor grado de libertad de acción que tiene el legislador frente a la institución correspondiente. Así las cosas es claro que los derechos fundamentales ofrecen un mayor grado de resistencia a la actividad del legislador que las garantías institucionales, en las cuales el legislador puede efectivamente desarrollar mayor acción, lo cual las hace más vulnerables, no obstante debe entenderse que la acción del legislador no puede, en ningún caso, desconocer absolutamente el núcleo esencial de la institución, convirtiéndola en una simple proclamación teórica. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 256.

⁴²⁹ Protección que comprende tres ámbitos diferentes, a saber: i) Su dirección, bajo el entendimiento que se dirige al legislador; ii) Su intensidad, que busca evitar la petrificación de la institución protegida, y; iii) su dimensión temporal, que protege la institución de la acumulación de diferentes medidas que atenten contra ella. Cfr. JIMENEZ BLANCO, Antonio. Op. Cit. 1991. Pág. 637.

⁴³⁰ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Nota al pie No. 4, pág. 256

Ahora bien las garantías institucionales cumplen, como ya se ha advertido, el principal rol de ser límites negativos frente a la acción del legislador, pero suponen simultáneamente que dicha institución cumpla una función que la haga merecedora de la protección señalada. En tal sentido, puede verse en un ensayo de Martin Wolff que el profesor López y López relata brillantemente⁴³¹, como la propiedad no solo es protegida por las constituciones y defendida frente a agresiones legislativas, sino que además exige que la propiedad privada desempeñe un papel significativo que la haga merecedora de tales protecciones. En tal orden de ideas se hablaba con extrañeza al principio, no así ahora, del *Eigentum verpflichtet*, o de los “deberes del propietario” y a la vez de la “socialidad de la propiedad” y consecuentemente de la expropiación forzosa.

Trasladadas las anotaciones anteriores, con las debidas reservas del caso, huelga entender que la libertad de contratación también obliga a los legítimos detentadores de la misma, a actuar de conformidad con los intereses superiores del Estado, tales como la solidaridad, el interés general, la defensa de la dignidad humana, etc.

El entendimiento de la autonomía de la voluntad en general y de la libertad de contratación en particular, como garantías institucionales, tanto en el contexto español como en el colombiano,⁴³² permitirá comprender el poder de configuración que le asiste al legislador para efectos de establecer límites, como acontece en casi todos los sistemas legales herederos de la tradición romano-germánica, pero además permite entender como la libertad de contratación se ve sometida, como regla general, frente a los derechos

⁴³¹ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Págs. 155 - 170

⁴³² Al igual que en el contexto español, en el contexto colombiano el tema de las garantías institucionales ha incurrido de manera tímida. El texto constitucional colombiano no hace referencia a las garantías institucionales, ni tampoco la doctrina especializada se refiere a las mismas, sin embargo estas son reconocidas y tratadas por la Corte Constitucional colombiana en sentencias T-574 de 1993 y C-162 de 2008, casualmente, como en el caso español, referentes también al tema de la autonomía universitaria. En la última de las sentencias referidas, la Corte Constitucional recuerda que las garantías institucionales se erigen como límite a la actividad del Legislador y en general de los poderes públicos, a la vez que ratifica la diferencia entre éstas y los derechos fundamentales, y establece las diferencias de la garantías institucionales con las reservas de ley. En tal orden de ideas, ha dicho la alta corporación que en tanto que las garantías institucionales buscan limitar la actividad legislativa protegiendo así una institución de interés constitucional, la reservas de ley buscan lo contrario, es decir desplegar la actividad legislativa regulando ciertos contenidos constitucionales.

fundamentales, sin que medie un ejercicio de ponderación en cada caso particular que se presente.

De lo anterior, queda una nueva pregunta por resolver: ¿Si no es como producto de una colisión entre derechos fundamentales, cómo es que los derechos fundamentales obran como límite de la libertad de contratación? Para responder a esta nueva inquietud, convendría echar una oteada a las consideraciones realizadas por el profesor italiano Luigi Ferrajoli, cuando considera los derechos fundamentales como “ley del más débil” opuesta por entero a la “ley del más fuerte” propia del hombre en estado de naturaleza.

2.3. Ley del más débil y libertad de contratación.

El profesor Ferrajoli ha identificado cuatro criterios axiológicos, referentes o asociados al valor de la persona humana como fin y nunca como medio, siguiendo la máxima de la moral kantiana. Tales criterios se derivan a saber de i) el nexo existente entre los derechos fundamentales y la igualdad; ii) el nexo entre derechos fundamentales y democracia; iii) el nexo existente entre derechos fundamentales y paz, y; iv) el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil⁴³³.

Este último criterio de los cuatro presentados por el profesor italiano, descansa en argumentos históricos referentes a la consideración de que los derechos entendidos hoy como derechos fundamentales, han surgido primero como reivindicaciones y luego como conquistas de los más débiles con el propósito de poner fin a agresiones o discriminaciones de las que han sido objeto. En tal sentido, los derechos fundamentales adquieren el carácter de contra-poderes o limitación de los poderes de los más fuertes física, política, social o económicamente, frente a los más débiles⁴³⁴. Siendo así, ha referido el ilustre profesor italiano en cita, que los derechos fundamentales protegen también a los ciudadanos contra

⁴³³ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. Cit. 2009. Pág. 316.

⁴³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2009. Pág. 363.

sus culturas, contra sus propias familias, a la mujer contra el marido, al menor contra sus padres y en general a los oprimidos contra sus culturas opresoras,⁴³⁵ lo cual por su puesto incluye la opresión resultante de las diferencias simétricas derivadas de las relaciones entre particulares en una economía de mercado, o lo que es lo mismo, las relaciones de potestad/sujeción presentes en las relaciones negociales *inter privados*, que merecen ser controladas para no derivar en poderes absolutos.⁴³⁶

En el mismo sentido, el profesor español Luís Prieto Sanchís ha referido que el poder desplegado por gigantescos grupos privados ha llevado a que la igualdad de las partes vinculadas en el contrato, se torne en realidad como una mera ilusión teórica, que conlleva a que la libertad contractual se vea desvirtuada, confiriendo por esa vía la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales entre particulares.⁴³⁷ El profesor de la Universidad de “La Sapienza” Bruno Romano diría entonces que “*el derecho de los débiles no es un débil derecho*”.⁴³⁸

Este último aspecto obliga a referir una cuestión planteada anteriormente por la doctrina constitucional alemana, y es si la relación derechos fundamentales – libertad de contratación, deviene en la protección ante uno mismo. No se discutía y había consenso en el deber estatal de protección a los derechos fundamentales cuando fueren objeto de amenazas derivadas de las actuaciones de los órganos del poder público y de otros particulares; igualmente existía consenso en considerar que el reconocimiento de derechos fundamentales generaba consecuencias diferentes para los poderes públicos y para los particulares⁴³⁹, pero surgía la pregunta acerca de cómo debe obrar el Estado en cuanto el ser humano voluntariamente se expone a riesgos o sufre menoscabo o vulneraciones a sus derechos fundamentales, voluntariamente provocadas.

⁴³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2010. Pág. 56.

⁴³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2010. Pág. 299.

⁴³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. Pág. 209

⁴³⁸ ROMANO, Bruno. Derechos del Hombre y Derechos Fundamentales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2010. Pág. 17 y ss.

⁴³⁹ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomía privada y derechos fundamentales. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Como respuesta a lo anterior, el profesor Ferrajoli considera que los límites a los poderes de los más fuertes solamente se logran mediante la sustracción de tales derechos⁴⁴⁰, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulando tales derechos en forma rígida y universal⁴⁴¹. Este último aspecto, es sin embargo altamente cuestionable, pues en el decir del profesor Mario Jori la indisponibilidad de los derechos fundamentales que plantea el profesor Ferrajoli, descansa en el hecho de que *“se trata de intereses demasiado importantes como para dejarlos a merced de los propios interesados”*⁴⁴² Las normas que contemplan la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, dice el profesor Alfaro Aguila-Real, toman el carácter de normas paternalistas, y se fundamentan en el supuesto de que el legislador, o si se quiere, el Estado, conocen al individuo y consecuentemente, sus intereses, mejor que él mismo, con lo cual lo reducen a un ser moralmente inferior, cuyas elecciones no responden a su verdadero querer o sentir, sino a un error de elección.⁴⁴³

De cualquier manera, si aceptamos la concepción de los derechos fundamentales como *“leyes del más débil”*, encontraríamos un punto de coincidencia con los intereses de la teoría moderna del contrato, los cuales se dirigen a la protección de la parte débil en las relaciones jurídico-negociales. No obstante cabe recordar la estrechez que presenta el concepto de “parte débil” en la relación contractual. En efecto, se acepta como evidente que las partes que concurren a la celebración de un contrato presentan diferencias que pueden tornarlos en contratante fuerte o contratante débil, según corresponda, no obstante no es igualmente claro cuáles son los factores que permiten asignar tales roles a las partes contratantes.

⁴⁴⁰ Posición que es compartida en el contexto español por el profesor Luís Díez-Picazo, quien ha referido que los contratos que impliquen renuncia de los derechos fundamentales, deben ser considerados como contrarios al orden público. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 157.

⁴⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. 2009 Pág. 362.

⁴⁴² JORI, Mario. Op. Cit. Pág. 121.

⁴⁴³ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. Pág. 101.

Así las cosas, y aceptando que los derechos fundamentales se erigen como ley del más débil, surge la cuestión, necesaria por demás para el objeto de esta investigación, de establecer quien es la parte débil de un contrato. Al efecto, el profesor José Luís de los Mozos⁴⁴⁴ ha advertido sobre la dificultad que se presenta al momento de establecer las causas de la supuesta debilidad, pues se pregunta, si dicha debilidad se deriva de la posición económica y social de los contratantes o de su falta de experiencia comercial⁴⁴⁵ o de la falta de información.⁴⁴⁶ Como se puede ver, una vez más la indeterminación de los conceptos nos juega una mala pasada. No obstante, parece bastante clarificante en este punto la noción de contratante débil introducida por el profesor López y López, quien considera que es contratante débil quien carece, o tiene muy pocas posibilidades, de conformar el contenido del texto contractual,⁴⁴⁷ lo cual puede suceder por desconocimiento de los temas objeto de contratación, por capacidad económica, por agilidad en el desarrollo de las negociaciones, etc.

2.4. Derechos fundamentales como límites a la libertad de contratación.

De lo visto hasta aquí, queda una duda cada vez mayor sobre la forma como los derechos fundamentales obran como límite a la libertad de contratación, duda que se ve alimentada por la indeterminación del conceptos tales como “derecho fundamental”, “contratante débil” y similares que de manera voluntariamente inconcluyente se han visto líneas arriba.

⁴⁴⁴ DE LOS MOZOS José Luís. La autonomía privada: notas para una relectura del Título de los Contratos en el Código Civil español (pp. 189 – 212). En: AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

⁴⁴⁵ Vale recordar al respecto que en el contexto alemán, en el año 1993, el tribunal constitucional declaró la nulidad del contrato en el caso denominado “fianza de ingresos y el familiar despilfarrador”, con fundamento en las diferencias entre las partes en cuanto a conocimiento y poder de negociación, lo cual conllevó a que estimara el contrato como acto contrario a las buenas costumbres, además de encontrar claras violaciones a la autonomía de la voluntad de la parte débil y al libre desarrollo de la personalidad. Cfr. CASTRO AYALA, José Guillermo. CALONJE LONDOÑO, Nathaly Ximena. Op. Cit. Pág. 34.

⁴⁴⁶ A manera de ejemplo, obsérvese como el profesor Carlos Alberto Soto, pone el acento, en materia de desigualdad contractual, en situaciones relacionadas con el manejo de información y en la concentración de capitales, a su turno, el profesor Juan Benglio, pareciera ubicar los criterios de fortaleza y/o debilidad de los contratantes, como elementos asociados al “poder de negociación”, sin distinguir si tal poder proviene de las capacidades económicas, informativas o de habilidad negocial. Cfr. SOTO Carlos Alberto. Op. Cit. 2000. Pág. 429.

⁴⁴⁷ LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 627.

En interesante crítica realizada por los profesores Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello,⁴⁴⁸ han dicho que en la Universidad de nuestros días muchos análisis referentes a los derechos, “*no pasan de ser artificios vacuos, ensimismados, sin otro destino que la cobertura funcional de los poderes de turno, la prolongación de rutinas ‘científicas’ estériles o, en el más benigno de los casos, la crítica roedora de los ratones*”. Buscando evitar que este trabajo caiga en tan lamentable descripción, y más bien con el fin de contribuir a esclarecer el interrogante planteado, respecto de cómo los derechos fundamentales se erigen como límites a la libertad de contratación, nos proponemos – temerariamente – a ofrecer una conceptualización conciliatoria de los aportes doctrinales estudiados, a fin superar la indeterminación planteada y contribuir así a entender los derechos fundamentales no en un sentido general y definitivo, sino en su función de límites a la libertad de contratación tanto en el contexto constitucional colombiano como español.

En tal sentido, y bajo la consideración de que la libertad de contratación no es una libertad absoluta, sino que, según lo advertido líneas arriba, se limita, entre otros, por el respeto a los derechos fundamentales, entendemos por tales a aquellos derechos universales y subjetivos, dirigidos a realizar los anhelos correspondientes al Estado Social de Derecho, o a evitar que tales anhelos se vean vulnerados por los acuerdos contractuales entre particulares, y que por tanto gozan de protección y desarrollo constitucional.

La conceptualización así planteada, encierra los elementos suficientes para entender los derechos fundamentales en su función de límite a la libertad de contratación, bajo las siguientes consideraciones:

⁴⁴⁸ DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. Cit. Pág. 9.

Hemos iniciado por reconocer el carácter universal a los derechos fundamentales, lo cual es simplemente la confirmación de que son derechos inherentes a cualquier ser humano por su condición de tal, y en este entendido, eliminamos cualquier consideración adicional relativa al *status*, condición social, patrimonial, nacional o semejante que pudiera limitar los mismos frente a una persona determinada. De esta manera cortamos “de tajo” cualquier vestigio proveniente de épocas pasadas en las que el reconocimiento de los derechos se limitaban a los varones blancos, propietarios, letrados y mayores de edad, es decir, nos despojamos del pasado reconocimiento censitario o capacitativo de los derechos. Respecto de este punto habría unanimidad o escasa discusión doctrinaria por lo cual no ahondaremos en el mismo.

No ocurre igual con el carácter de derecho subjetivo que se le reconoce a los derechos fundamentales, pues si bien es cierto que los diferentes autores les reconocen tal carácter, derivan de aquello diferentes consecuencias tal como se ha explicado líneas arriba. Para los efectos de nuestra conceptualización, hemos adoptado como propio el criterio expuesto por los profesores Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve⁴⁴⁹, quienes previa advertencia de lo controversial que ha resultado establecer qué es un derecho subjetivo⁴⁵⁰, refieren que los mismo se refieren a las facultades o poderes de que son titulares las personas y cuya función es la satisfacción de necesidades.

En tal orden de ideas, son tres los elementos característicos de los derechos subjetivos a saber: i) El sujeto de derechos, que corresponde a todo ser provisto de voluntad y consecuentemente, de la capacidad de querer, lo cual no choca con el carácter de universalidad de que gozan los derechos fundamentales considerando que dicha capacidad de querer cobija a todos los seres humanos por igual y que en cuanto a su ejercicio refiere no solo comprende a los mayores de edad, sino también a quienes

⁴⁴⁹ VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas, Décimo cuarta edición actualizada. Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá Colombia. 1997. Pág. 232.

⁴⁵⁰ El profesor colombiano Rodolfo Arango hace un interesante análisis respecto de la indeterminación del concepto “derecho subjetivo”, advirtiendo diferencias conceptuales entre variados autores, tales como Hans Kelsen y Alf Ross. Para una mayor ilustración al respecto Cfr. ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Legis. Bogotá. 2005. Págs. 5 y ss.

poseen esa capacidad en potencia, o que aun careciendo de ella, pueden ejercerla a través de sus representantes legales; ii) el gobierno de los derechos subjetivos⁴⁵¹ que es dejado al arbitrio de su titular y que se enmarca en el concepto de “iniciativa privada”, lo que indica que el ejercicio del derecho subjetivo depende en últimas, de la voluntad del titular, y; iii) La función de los derechos subjetivos, determinada por la satisfacción de las necesidades de los titulares de los mismos, por lo que se denomina “*goce de derecho*”. La conclusión de los profesores en cita, es que los derechos existen para ser gozados, o lo que es lo mismo, para satisfacer las necesidades de las personas.⁴⁵²

No obstante la comprensión de los derechos subjetivos, como la voluntad jurídicamente protegida - aún si estuviere provista de intereses meramente egoístas- habría de evolucionar asociándose con el concepto de “interés general”, conduciendo a que los derechos subjetivos se hagan merecedores de protección considerando que los mismos contribuyen de manera efectiva a la realización de la vida social. Así entonces, los derechos subjetivos siguen vinculados a la realización de intereses particulares, pero que se consideran dignos de protección por el interés que representan para la colectividad, generando el concepto de “función social”, asociada al de derecho subjetivo como contraprestación o contrapartida de aquel.⁴⁵³

Visto lo anterior, es necesario hacer una pausa en el segundo punto, referente al gobierno de los derechos subjetivos; para los aspectos que nos interesan, el gobierno de los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos. Habría que iniciar por recordar que tanto en la explicación de la definición propuesta por el profesor Ferrajoli, como en su consideración de los derechos fundamentales como “*ley del más débil*”, ha referido que tales derechos deben sustraerse incluso de la voluntad de su titular, siendo este aspecto el más controversial que surge de los planteamientos del ilustre profesor italiano, pues en contra de tal consideración surgen importantes pronunciamientos que muestran que lejos de

⁴⁵¹ Característica que es desarrollada por el profesor Rodolfo Arango, bajo el nombre de “posición jurídica”, en la que desarrolla el concepto de poder jurídico y el interés del sujeto cuya protección se desea jurídicamente. Cfr. ARANGO R. Rodolfo. Op. Cit. 2005. Pág. 14.

⁴⁵² VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Op. Cit. Pág. 234.

⁴⁵³ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Págs. 177 - 178.

la indisponibilidad o inalienabilidad de los derechos fundamentales por sus propios titulares, estos se presentan como derechos renunciables; no de otra manera sería posible el desarrollo de muchos aspectos de la vida ordinaria y común de las personas en sociedad.

El profesor de la Universidad de Milan, Mario Jori, recuerda que “[e]xisten en todos los derechos modernos casos de violación de derechos que querríamos sin duda, llamar fundamentales y que son accionables solo a instancia de parte y, en este sentido, por tanto disponibles”.⁴⁵⁴ Igualmente refiere el autor en cita que existen actividades dañinas o peligrosas que se ejercen no solo por diversión, sino también por dinero, en las que los sujetos se mueven al límite de la renuncia a sus derechos fundamentales, tales como v.gr. el boxeo; el profesor ibérico Alfaro Aguila-Real, por su parte refiere como los trabajadores que se comprometen a laborar en domingo, autolimitan su derecho al ejercicio de la libertad religiosa⁴⁵⁵; y a esto podríamos agregar aquellos casos en que las personas se niegan a sí mismas determinados tratamientos médicos con base en sus creencias religiosas, o más aún, de manera más coloquial y cercana a nuestro objeto de investigación, podrían agregarse actividades tan banales e intrascendentes como la participación en “*realities show*” tales como “Gran Hermano”, “La isla/selva de los famosos”, “Expedición Robinson”, “Supervivientes” o similares, en los cuales, los participantes en tan particulares concursos, se vinculan a los mismos mediante la suscripción de contratos generadores de obligaciones de carácter condicional, según las cuales al superar determinadas pruebas se harán acreedores a fuertes sumas de dinero. Las pruebas a superar, incluyen además de exigentes muestras de destreza física y mental, que ponen en grave riesgo la salud e integridad física de los participantes, el hecho de permitir la presencia de cámaras que graben a los mismos en todo tipo de actividad referente a su vida íntima, el tener que someterse a condiciones de vida casi infrahumanas toda vez que se ven privados de alimentos, techo y condiciones adecuadas, y finalmente se incluye el deber de permitir que los resultados de tales grabaciones sean exhibidos mediante la divulgación de los programas de televisión correspondientes.

⁴⁵⁴ JORI, Mario. Op Cit. 2009. Pág. 123.

⁴⁵⁵ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. Pág. 62.

Frente a los casos anteriores se pregunta ¿No se está, en tal caso, en presencia de situaciones “violatorias” de derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad o el derecho a la vida digna o similares? O mejor ¿No comportan los anteriores supuestos fácticos una renuncia efectiva a los derechos fundamentales en una situación concreta?

Podrían enumerarse muchos casos más, asociados a la renuncia de derechos fundamentales de diferente índole, lo que es explicado por el profesor Alfaro Aguila – Real⁴⁵⁶, indicando que las personas en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos fundamentales en función de otros intereses, las cuales no solo son limitaciones o renunciaciones constitucionales, sino que además deben ser respetadas por el Estado bajo la consideración de que constituyen formas de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Todo lo anterior nos permite coincidir con el profesor Jori, en cuanto refiere que los derechos fundamentales son, consecuentemente, derechos disponibles-renunciables por su titular, más no disponibles-alienables por parte de terceros.⁴⁵⁷

En concordancia con lo anterior, el profesor uruguayo Juan Benglio, refiere que este tipo de situaciones pudieren resultar admisibles bajo el principio *volenti non fit injuria* si corresponden al ejercicio real de un acto de autonomía, “*lo cual no sucede cuando existe desigualdad de poder negociador o el sujeto consiente sin tener adecuada conciencia del alcance del consentimiento*”.^{458, 459} En el mismo sentido se pronuncia el profesor colombiano Alexei Julio Estrada, quien advierte que en la relación contractual no existen culpables ni víctimas, sino partes socialmente más fuertes y correspondientemente, más débiles, lo que conlleva a la intervención del Estado con el propósito de corregir la carencia

⁴⁵⁶ ALFARO AGUILA –REAL, Jesús. Op. Cit. Pág. 62.

⁴⁵⁷ JORI, Mario. Op. Cit. Pág. 124.

⁴⁵⁸ BENGLIO, Juan. Op. Cit. Pág. 425.

⁴⁵⁹ Situación que coincide con la decisión adoptada por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-407A de 2018, referente a la contratación de actores o actrices para grabación de cintas pornográficas.

de un elemento necesario para el ejercicio regular de los derechos fundamentales, derivado de la asimetría generada por las desigualdades sociales y económicas.⁴⁶⁰

En tal orden de ideas, resulta claro que entre mayor igualdad observen las partes vinculadas a un acuerdo contractual, menor será la necesidad de acudir a la invocación de derechos fundamentales como “remedio” a favor del más débil; por el contrario, a mayor desigualdad o asimetría de las partes, mayor necesidad de protección de los derechos fundamentales de la parte débil de la relación negocial. Lo anterior explica con suficiencia porque las necesidades de protección se hacen más evidentes en asuntos relacionados con el derecho del consumo – donde las diferencias son más evidentes- que en asuntos de derecho civil o mercantil, tal como se había advertido en el capítulo II de la primera parte de esta investigación.

Esta última afirmación resulta de suma importancia, pues es el enlace que permite entender la relación de los derechos fundamentales como límites a la libertad de contratación, y el Estado social de derecho. Para el efecto cabe recordar que a través de la constitución política española de 1978 y colombiana de 1991, tales Estados adoptaron la fórmula del Estado Social de Derecho; si centramos nuestra atención en el componente social de la fórmula adoptada por las cartas constitucionales española y colombiana, es forzoso entender que el Estado tiene por objeto garantizar a los asociados condiciones de vida digna, en las que se contrarresten las desigualdades sociales existentes y se ofrezcan, por ende, igualdad de oportunidades a todos los sujetos para desarrollar sus aptitudes⁴⁶¹ y hacer posible el plan de vida que han elegido para sí.⁴⁶² Siendo así, es decir, siendo que el Estado Social apunta a lograr una forma de igualdad efectiva y condiciones sociales más equitativas, se justifica la limitación de la autonomía de la voluntad⁴⁶³ y con ello, por supuesto a la libertad de contratación, puesto que en el objetivo de contrarrestar las

⁴⁶⁰ ESTRADA, Alexei Julio. Op. Cit. Pág. 147.

⁴⁶¹ BERNAL CASTRO, Carlos Andrés. Op. Cit. Pág. 247.

⁴⁶² El profesor Ángel M. López y López, considera que el núcleo duro del principio de igualdad contenido en las Constituciones del Estado Social, corresponde no solo a la igualdad en y ante la ley, lo que corresponde a una forma de igualdad sustancial, sino que comprende además una forma de igualdad formal que conduce a establecer prohibiciones a toda forma de discriminación negativa.

⁴⁶³ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 140.

desigualdades denunciadas, deben incluirse las desigualdades derivadas de las relaciones contractuales cuando quiera que tales diferencias en la capacidad o posibilidad negocial deriven en consecuencias nocivas para quien busca realizar su plan de vida a través de la celebración de diferentes tratativas contractuales.

Al respecto, en sentencia SU-747 de 1998, la Corte Constitucional colombiana manifestó:

“La Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de derecho y social, que deriva su legitimidad de la democracia (C.P. art. 1). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”.

En tal orden de ideas, la invocación de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales no tiene – o no debe tener – por finalidad, el impedir el libre ejercicio de las libertades atribuidas a los particulares en sus relaciones negociales, pues de hacerlo se estaría negando el carácter externo derivado de su condición de derechos subjetivos, esto es, el deber jurídico de terceros, incluido el Estado por supuesto, de respetar el poder de

goce atribuido al titular de tales derechos. La finalidad de invocación de los derechos fundamentales como límite a la libertad de contratación, busca entonces re-establecer el equilibrio en las relaciones contractuales, cuando quiera que de la asimetría de las partes vinculadas al negocio, surja una indeseable e insoportable vulneración de los derechos fundamentales de una de tales partes - la parte débil en el contrato respectivo-; indeseable violación, hemos dicho, bajo el entendido de que en diferentes circunstancias el titular de los derechos vulnerados no habría pretendido, en manera alguna, renunciar a los mismos, e insoportable violación, bajo el entendido de que no tiene el deber jurídico de soportar tal vulneración considerando que la misma proviene de un abuso de la posición negocial proveniente de la parte fuerte del contrato.

Ahora bien, considerando que el universo de las relaciones contractuales puede presentar infinidad de situaciones fácticas, no es posible uniformar el concepto de contratante débil, pues el mismo deberá ser determinado por el juez en cada situación sometida a su estudio, considerando que en algunas ocasiones la debilidad podrá provenir de la disparidad económica de las partes, o de su desconocimiento de las técnicas de contratación en casos específicos, o de la urgencia de las necesidades cuya satisfacción se persigue con el acuerdo contractual correspondiente, etc. Se exige entonces, que el juez asuma un rol activo, crítico y vigilante de cada situación particular puesta a su conocimiento, a fin de establecer si efectivamente se justifica la invocación de la protección de los derechos fundamentales por quien pretenda presentarse como parte débil en la relación contractual.

Dicho de otra manera, en las relaciones contractuales, el deber de protección no parte de posiciones jurídicamente definidas sino por definir⁴⁶⁴, y en consecuencia el Estado no interviene en razón de la existencia de una vulneración de derechos fundamentales *inter privados*, sino porque el ejercicio de esos derechos fundamentales ha sufrido menoscabo derivado del desequilibrio de intereses propio de la autonomía privada, el cual debe ser compensado por el Estado; así las cosas, la invocación de protección de los derechos fundamentales vulnerados mediante el acuerdo contractual, se torna como una eficaz

⁴⁶⁴ ESTRADA, Alexei Julio. Op. Cit. Pág. 147.

herramienta para corregir las flaquezas del concepto formal de “autonomía privada” o de “libertad de contratación”, que se rompe cuando un contratante fuerte, poderoso, dominante, obliga a pactar cláusulas desventajosas a la parte más vulnerable.

Una vez más es menester revisar lo expuesto por la Corte constitucional colombiana, cuando en sentencia T-240 de 1992, ha manifestado:

“La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal.”

En tal orden de ideas, es claro que al procurarse la igualdad de las partes vinculadas a los acuerdos contractuales, se están desarrollando efectivamente las pretensiones referentes al Estado Social de Derecho, habida consideración de que se busca proteger al contratante débil frente a los abusos de que puede ser objeto por parte del fuerte contractual y que tales abusos pueden tornarse en violaciones a los derechos fundamentales de la parte más vulnerable.

CAPÍTULO III.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

3.1. Dimensiones de los conceptos jurídicos indeterminados erigidos en límites constitucionales a la libertad de contratación.

Hemos visto como de las sentencias emanadas de la Corte Constitucional colombiana han surgido una serie de conceptos jurídicos indeterminados, que han sido establecidos como novedosas limitaciones a la libertad de contratación en todas sus formas. En tal orden de ideas, y con el fin de desentrañar en la medida de lo posible la naturaleza jurídica de tales limitaciones, se estudiarán en diferentes dimensiones jurídico-constitucionales, así: i) como valores constitucionales; ii) como deberes constitucionales; iii) como aplicación estricta del principio de buena fe, y; iv) como norma jurídica.

3.1.1 Valores constitucionales fundamentales como límites a la libertad de contratación.

La primera dimensión en la que pueden ser entendidos los conceptos jurídicos indeterminados que hemos identificado como límites constitucionales a la libertad de contratación, corresponde a la de ser considerados como “valores constitucionales fundamentales”.

En efecto el primero de los grupos de límites constitucionales a la libertad de contratación que hemos establecido líneas arriba, hace parte del “orden objetivo de valores” que somete el ejercicio del poder público y social, y que se encuentra inmerso en la carta

constitucional⁴⁶⁵. Es menester referir que al decir que los valores someten el poder público y social, se está advirtiendo que los mismos cumplen una doble finalidad pues se erigen simultáneamente como el fundamento y la finalidad de la organización política y de las normas del ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, los valores responden a las preguntas referentes a i) ¿Por qué tenemos las normas e instituciones que tenemos?, y ii) ¿Qué tipo de comunidad pretendemos ser con la aplicación de dichas normas e instituciones?⁴⁶⁶

Al respecto la Corte constitucional colombiana ha manifestado:

*“Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.”*⁴⁶⁷

Con base en lo anterior, el profesor Rodolfo Arango⁴⁶⁸, ha manifestado que en la carta política se encuentra una proliferación de valores tales como la paz, el orden justo, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, diversidad, igualdad, etc., que dada la inexistencia de método y sistematicidad en cuanto a su aplicación e interpretación refiere, podrían conducir a una especie de “dictadura de los valores”. Con el fin de facilitar la comprensión y aplicación de esta multiplicidad de valores, se ha entendido que todos los valores constitucionales pueden ser reducidos esencialmente a tres: los valores de libertad, igualdad y dignidad, los que en consecuencia serán entendidos como valores constitucionales fundamentales.

⁴⁶⁵ El profesor español Josep Aguiló Regla, precisamente ha reconocido como una de las características propias de las constituciones del Estado constitucional, el hecho de que se asuman los valores y fines del constitucionalismo como ideología. En tal sentido, refiere que la constitución más allá de incorporar y desarrollar el principio dinámico del Estado, busca hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines, que en últimas estarían comprometidos con la erradicación del autoritarismo, la erradicación de la exclusión social y la exclusión política. Cfr. AGUILÓ, Josep. Op. Cit. 2004. Pág. 51.

⁴⁶⁶ PARRA HERRERA, Nicolás. Op. Cit. Pág. 277.

⁴⁶⁷ Sentencia T-406 de 1992.

⁴⁶⁸ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Op. Cit. 2004. Pág. 162.

Ahora bien, se deberá tener en cuenta que desde siempre, esto es, desde la concepción clásica de los contratos derivada del *code*, se ha establecido la relación entre valores y contrato. Al respecto el profesor Monateri ha referido que:

*“De hecho, el liberalismo es un conjunto de valores, y por lo tanto nunca existió un modelo puro de contrato, al cual los 'Valores' no se han aplicado. Incluso el llamado modelo "clásico" ya era un modelo imbuido de valores que dan significado a los acuerdos privados. En tal sentido, ningún acuerdo tiene un significado puro, y su significado es siempre el producto de la interacción de factores, incluidos los valores que impregnan el tipo de sociedad en el que ese acuerdo ocurre.”*⁴⁶⁹

Esa relación entre valores y contratos debe ser entendida bajo la idea de que los contratos son piezas importantes en la construcción o desarrollo de un tipo de orden social. Así, una vez más volvemos sobre el vínculo existente entre la libertad de contratación, los límites a dicha libertad y el modelo de Estado que se pretende desarrollar.

En tal sentido y desde la perspectiva del contexto colombiano, el profesor Arango Rivadeneira refiere que la libertad de contratación, que es un valor en sí mismo, se ve limitado frente a la defensa de otros valores superiores como el bien común o el interés público como lo ha llamado el juez constitucional colombiano, la dignidad humana, la igualdad, entre otros⁴⁷⁰. No obstante queda un asunto pendiente: ¿si la libertad de contratación es un valor en sí mismo considerado, cómo puede verse limitado por otro valor constitucional? ¿Acaso existen valores constitucionales jerárquicamente superiores sobre otros de categoría inferior?

⁴⁶⁹ MONATERI, Pier Giuseppe. Op. Cit. 2017. Pág. 125

⁴⁷⁰ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Op. Cit. 2004. Pág. 168.

La respuesta que desata estos interrogantes la ofrece el profesor alemán Robert Alexy, quien establece que de la misma manera en que puede hablarse de colisión y consecuente ponderación de principios, pueden establecerse colisiones de valores y en consecuencia ponderación de valores.⁴⁷¹ Es decir, principios constitucionales y valores constitucionales reciben igual tratamiento, debiéndose establecer entonces su diferencia a partir de lo que cada uno de ellos persigue. En tal orden de ideas debe considerarse que los principios conllevan un concepto deontológico, esto es, se expresan a través de mandatos, prohibiciones, o derechos; los valores, por su parte, conllevan un concepto axiológico, esto es criterios valorativos de lo que es bueno, o lo que es mejor que, además que de ellos se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico; sobre ellos se construye el fundamento y finalidad de la organización política.⁴⁷²

Siendo entonces que los valores constitucionales reciben el mismo tratamiento de los principios constitucionales, se comprenderá que la prevalencia de un valor, no anula o sacrifica otro de ellos, sino que dependiendo de la situación concreta, los valores constitucionales en colisión deberán ser analizados según su adecuación, necesidad y proporcionalidad, prestando especial atención, en el caso de las restricciones a la libertad de contratación, a la intensidad de la medida, con el fin de no sacrificar las libertades económicas establecidas constitucionalmente.

La Corte Constitucional colombiana, ha referido que:

“La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (CP arts. 1 y 333)”⁴⁷³.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 138.

⁴⁷² Sentencia T-406 de 1992.

⁴⁷³ Sentencia T-240 de 1993.Mg. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En el extracto anterior, se destaca el reconocimiento que el juez constitucional hace a los límites constitucionales a la libertad de contratación como valores y por ende, refiere que dicha libertad se gobierna por el marco axiológico de la Constitución.

3.1.2 Deberes constitucionales como límites a la libertad de contratación.

La teoría de los deberes fundamentales constitucionales resulta un tanto desconocida, exótica si se quiere, considerando que durante el Estado liberal la atención se centraba en la idea de los derechos que los ciudadanos podían exigir o reclamar del Estado, dejando en consecuencia, poca o nula importancia para los deberes correlativos a tales derechos. En tal orden de ideas, los deberes solo alcanzaban una perspectiva muy simple de “deberes morales” o “cívicos”, carentes de exigibilidad jurídica, a menos que tales deberes tuviesen desarrollo legal previo, caso en el cual pasaban a ser deberes justiciables.

El desarrollo del Estado y su tránsito hacia el modelo de “Estado social”, despertó un renovado interés por el concepto de deber y la inclusión de los mismos en los textos constitucionales⁴⁷⁴, y conllevó a establecer una re-significación de los deberes constitucionales inherentes, no al Estado, sino al ciudadano. De tal manera los deberes constitucionales no se erigen como una negación de las garantías que le asisten a las personas, sino como una contribución para alcanzar los fines esenciales del Estado.⁴⁷⁵

Ahora bien, generalmente se ha establecido que la exigibilidad de los deberes establecidos por mandato constitucional, debe pasar previamente y de manera necesaria, por la consagración legislativa, dando así desarrollo a los postulados constitucionales. En tal sentido es claro entender que si bien el texto constitucional contempla los deberes

⁴⁷⁴ A manera de ejemplo pueden encontrarse catálogos de deberes constitucionales en las Constituciones de Italia, Alemania, Portugal, España, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay y Perú.

⁴⁷⁵ GOIG MARTINEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. En AA.VV. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 9, 2011. Pág. 115.

constitucionales a cargo de los ciudadanos, no establece la consecuencia jurídica derivada de su desatención o inobservancia, lo cual ha llevado a Rubio Llorente⁴⁷⁶ a establecer que los deberes constitucionales *“tienen como destinatario inmediato al legislador, pues del enunciado constitucional no deriva directamente obligación alguna, cuyo cumplimiento pueda ser coactivamente forzado mediante la imposición de una sanción”*.

No obstante, para el caso colombiano, la doctrina constitucional ha estimado situación diferente, y consecuentemente permite entender los límites constitucionales a la libertad de contratación dentro de esta particular dimensión. Al respecto la Corte Constitucional ha referido:

“Los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal. Las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el Legislador. En este sentido, los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al Legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el Constituyente.”

[...]

“Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable (CP art. 86). En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si

⁴⁷⁶ Citado por BUSH VENTHUR, Tania. Deberes constitucionales. En AA.VV. Anuario de filosofía jurídica y social. 2012. Ponencias en Valparaíso. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. EDEVAL, Valparaíso – Chile. 2012. Pág. 51.

*la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigible inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales”*⁴⁷⁷

En tal orden de ideas ha de entenderse que el catálogo de “deberes constitucionales” contenido en el artículo 95 de la carta constitucional colombiana, entre los cuales se encuentran, entre otros, los de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios⁴⁷⁸ y obrar conforme al principio de solidaridad social⁴⁷⁹, pueden ser directamente exigibles aun cuando no han sido objeto del desarrollo legislativo correspondiente. Recuérdese para el efecto que sobre estos deberes descansan en gran parte los límites constitucionales a la libertad de contratación comentados líneas arriba.

Así las cosas, para el contexto colombiano, sería válido entender que la posibilidad de exigibilidad inmediata de los deberes constitucionales, obra en consecuencia, como resultado natural del proceso de constitucionalización y del surgimiento de los Estados Constitucionales como opuestos al vetusto concepto de Estado legislativo. En efecto, ha de recordarse que en vigencia del Estado legislativo, los derechos mantenían una relación de dependencia con la ley, de tal manera que su consagración legal se presentaba como condición necesaria para su reconocimiento, ejercicio y eficacia; en el Estado constitucional los derechos han cobrado autonomía respecto de la ley y consecuentemente han pasado a tener fundamentación constitucional. En tal orden de ideas y considerando que los deberes constitucionales, que son junto con los derechos, las dos caras de una misma moneda, han sufrido idéntica situación, es decir, no requieren de consagración legal previa para efectos de ser reconocidos, aplicados y exigidos de parte de los ciudadanos.

⁴⁷⁷ Sentencia T-125 de 1994. Mg. Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷⁸ Núm. 1º Artículo 95 Constitución Política de Colombia.

⁴⁷⁹ Núm. 2º Artículo 95 Constitución Política de Colombia.

De otro lado, si aceptamos como cierto que los deberes conforman junto con los derechos, las dos caras de una misma moneda, ha de entenderse que a nadie le puede ser lógicamente permitido, hacer uso de sus derechos, sin asumir correspondientemente sus deberes. Así, a manera de ejemplo, podrá entenderse que no tiene justificación alguna pretender ejercer los derechos de libertad de empresa, sin asumir los deberes derivados de la responsabilidad social de la empresa, lo cual podría explicar suficientemente la situación acaecida con el vendedor de parafina, resuelta mediante la sentencia T-375 de 1997 atrás comentada.

Ahora bien, dentro del extenso catálogo de deberes que comprende la carta constitucional colombiana⁴⁸⁰, se destacan los correspondientes al deber de ceñirse en todas las actuaciones, huelga decir, tanto públicas como privadas, a los postulados de la buena fe, el de solidaridad social, la función social de la propiedad y de la empresa, y; respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, pues todos los anteriores, tal como se ha visto líneas atrás, se han erigido por vía de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, como límites constitucionales a la libertad de contratación.

⁴⁸⁰ La Corte Constitucional los ha explicado y clasificado bajo el siguiente criterio: “La doctrina moderna clasifica los deberes según los valores superiores en que se asientan: la igualdad, la justicia y la solidaridad. En su orden, corresponden éstos a los deberes en un Estado democrático, en un Estado de derecho y en un Estado social de derecho, respectivamente.

Dentro de los deberes que emanan del Estado democrático de derecho, la Constitución consagra la obligación de educación entre los cinco y los quince años de edad (CP art. 67), el deber de propender a la paz y mantenerla (CP arts. 22 y 95-6), el deber de estudiar la Constitución (CP art. 41), los deberes de defender y divulgar los derechos humanos y de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (CP art. 95-4, - 5) y el deber de prestar el servicio militar (CP art. 216), entre otros.

El Estado de derecho presupone la obligación de las personas de acatar la Constitución y la ley (CP arts. 4 y 95), la responsabilidad por su infracción (CP art. 6), las obligaciones y deberes derivados de las relaciones familiares (CP arts. 42, 44 y 46), el deber de ceñirse en todas las actuaciones a los postulados de la buena fe (CP art. 83), los deberes de respetar, obedecer y apoyar a las autoridades legítimamente constituidas (CP arts. 4 y 95-3) y el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (CP art. 95-7).

La naturaleza social del Estado de derecho hunde sus raíces en el principio de solidaridad social (CP art. 1). De este principio se desprenden la obligación social del trabajo (CP art. 25), las obligaciones derivadas de la función social de la propiedad (CP art. 58) y de la empresa (CP art. 333), las obligaciones tributarias (CP art. 95-9), el deber de procurar la salud individual y comunitaria (CP art. 49), los deberes de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y de obrar conforme al principio de solidaridad social (CP art. 95- 1, - 2), proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (CP arts. 8) y velar por el medio ambiente sano (CP arts. 80 y 95-8). ”

El hecho de que los deberes constitucionales, de los cuales emanan las limitaciones constitucionales a la libertad de contratación, sean deberes carentes de sanción jurídica frente a su incumplimiento, no les resta el carácter de norma jurídica, pues la sanción, como es ya bien sabido, no hace relación con el concepto de validez de la norma, sino de su eficacia.⁴⁸¹ Bien, al respecto simplemente baste con observar, que la eficacia de tales normas se ve no solo reconocida, sino además fortalecida con el hecho de que han servido de base para morigerar el actuar de los particulares en los casos resueltos mediante los fallos de tutela que se han analizado líneas arriba, generando con ello parámetros de conducta exigibles para casos similares, lo cual podrá observarse en los siguientes desarrollos de esta investigación.

3.1.3 Buena fe como límite de la libertad de contratación.

Para entender la dimensión de los límites constitucionales a la libertad de contratación, como una aplicación estricta del principio de buena fe, es menester hacer previamente una revisión histórica del mismo. Para el efecto hemos de acudir al estudio desarrollado por la profesora Martha Lucía Neme Villarreal⁴⁸², el cual representa el más completo estudio desplegado sobre el concepto de la buena fe, al menos en lo que a la literatura jurídica colombiana respecta. Bien, apoyándonos en el texto ya descrito y esperando con ello no desvirtuar lo dicho por la autora en cita, podemos tratar de resumir el concepto de la buena fe, en sus raíces históricas bajo las siguientes consideraciones:

La tradición jurídica romana descansaba sobre bases no solo de naturaleza jurídica, sino además de naturaleza religiosa⁴⁸³. En ese desarrollo místico del derecho de los contratos, la diosa *Fides* surge como la personificación divina del vínculo y del respeto a los

⁴⁸¹ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Eitorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2007. Pág. 120.

⁴⁸² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. La buena fe en el derecho romano. Extensión al deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2010.

⁴⁸³ El carácter místico del derecho desarrollado en la antigua roma, es comentado de manera bastante explicita por P. G. Monateri, en un aparte de un breve ensayo, en el que refiere que confluyen en el contrato romano la magia y el exotismo. MONATERI P. G., Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En MONATERI, P. G., GEOFREY, Samuel. Op. Cit. Pág. 164.

compromisos bilaterales celebrados entre dos sujetos. La transgresión al juramento con el que se sellaba el acuerdo, constituía una grave ofensa a la diosa *Fides*, que merecía la sanción severa de parte de Júpiter, quien representaba la deidad mayor.⁴⁸⁴

La *Fides*, gobernó entonces toda relación que se generara, a cualquier nivel, huelga decir, las relaciones con pueblos extranjeros, la sociedad, el matrimonio, la hospitalidad, la amistad, e incluso en compromisos derivados de la actividad pública, tales como la de los magistrados, etc., y generaba en cada una de tales relaciones una suerte de relación jerárquica, en la que se distinguía la preponderancia de un individuo sobre el otro, confiriéndole un *status* de poder o dominación, que no era ilimitado o arbitrario, pues como mínimo implicaba la conservación del sometido y su protección⁴⁸⁵, y consecuentemente generaba en el dominado la confianza en la protección que le sería proporcionada. En este orden de ideas, la *fides* expresa un atributo de la parte más potente en una relación desigual, que implica el respeto de la *maiestas* de este.⁴⁸⁶

Ahora bien, el desarrollo de la Roma antigua a través del tiempo, generó el surgimiento de relaciones contractuales entre los particulares que resultaban desconocidas para el derecho, algunas de ellas por cuanto se mostraban ajenas a la tradición jurídico romana diseñada para sociedades basadas en una economía agrícola que ya no respondían a la realidad de aquel momento; otras por cuanto tenían como protagonistas a extranjeros o peregrinos, a la par que ciudadanos romanos, considerando que dado el desarrollo alcanzado por el imperio, era frecuentemente visitado por personajes provenientes del exterior.

En este escenario, es claro que se celebraban negocios desconocidos por el régimen jurídico romano por lo cual no eran objeto de regulación alguna, o se trataba de relaciones jurídicas celebradas entre quienes no ostentaban la calidad de ciudadanos romanos, por lo que no eran objeto de tutela jurisdiccional, reservada para aquellos, haciendo en consecuencia que

⁴⁸⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 35.

⁴⁸⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 66.

⁴⁸⁶ NEME VILLARREAL. Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 74.

la base de tales acuerdos, sea simplemente la *fides*. Con lo anterior, el concepto de la *fides*, se asocia al concepto de la fidelidad y más aún al concepto de la *fides et veritas*, que no solo comprende el respeto de la palabra empeñada, sino más aún, el compromiso de asumir un comportamiento honesto, leal, que adopte las costumbres de la gente de bien y que desarrolle, el comportamiento que los demás esperan de nosotros, más aún, un comportamiento que contribuya efectivamente al bienestar del otro.⁴⁸⁷

El paso de la *fides* a la *fides bona* representó una importante evolución del concepto, pues de un lado, abandona el origen religioso de la figura a la vez que adopta un carácter más jurídico, una concreción de la experiencia jurídica y por ende se confía su valoración y la determinación de su contenido a los jurisconsultos⁴⁸⁸; de otro lado, la *fides bona*, representó una re-significación del concepto, pues no solo implicó el cumplimiento de la palabra dada, sino que conllevó una obligación de cumplimiento de los deberes propios del tráfico social, es decir, a todo aquello que, considerando las circunstancias del caso concreto, se deben entre agentes que actúan con probidad y proceden con rectitud.⁴⁸⁹

De la mano de Cicerón, la buena fe toma un carácter diverso, pues la rigurosa ejecución de los acuerdos contractuales decae y se plantea que no deben ser cumplidos cuando ellos atenten contra la vida, salud o decoro de quien se ha comprometido, e incluso cuando resulten inútiles a la misma persona.⁴⁹⁰

Como corolario de este breve resumen de los orígenes y concepciones históricas del concepto, se podría establecer:

I.- La noción original de *la fides*, reconoce la diferencia simétrica entre las diferentes partes que concurren en un acto – negocio – y consecuentemente impone en la parte fuerte de la

⁴⁸⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 103.

⁴⁸⁸ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 117.

⁴⁸⁹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 156.

⁴⁹⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Op. Cit. Pág. 166.

relación el deber de conservación y protección de quien ostenta la condición de parte débil de la relación.

II.- La evolución hacía el concepto *fides et veritas*, amplía las obligaciones de las partes, llevándolas a asumir conductas de honestidad y lealtad, correspondiente a las gentes de bien, y las conduce además a adoptar comportamientos socialmente aceptados y que procuren el bienestar del otro.

III.- La noción de la *fides bona*, reconoce como es apenas obvio, la importancia de la palabra empeñada y ratifica los deberes de comportamiento leal y honesto arriba descritos, pero adiciona la posibilidad de incumplimiento cuando quiera que los compromisos resulten atentatorios de la vida, salud o decoro de quien se ha comprometido.

Para el contexto colombiano y ya en una perspectiva del derecho contemporáneo, debemos iniciar por recordar que el constituyente del año de 1991, elevó el postulado de la buena fe⁴⁹¹ a canon constitucional, estableciendo inicialmente la obligación de los particulares y del Estado mismo de ceñirse a los postulados de la buena fe, y predicando la presunción de la misma en las actuaciones de los particulares frente al Estado⁴⁹², presunción que prontamente, por vía jurisprudencial, ampliaría su espectro comprendiendo también las relaciones entre particulares⁴⁹³.

La ponencia presentada a la Asamblea Nacional Constituyente para elevar el concepto de la buena fe a principio constitucional, consideró, como primer elemento fundamental “*que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus*

⁴⁹¹ La buena fe se encontraba previamente contenida en los artículos 1602 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, con un carácter meramente contractual, indicando que las partes involucradas en un acuerdo contractual, no solo se comprometen a aquello que el contrato reza, sino además a todo aquello que corresponda a su naturaleza.

⁴⁹² Cfr. Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁹³ Sentencia C-1194 de 2008.

deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo ante una limitante de los excesos y la desviación del poder.”⁴⁹⁴

A su turno la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido que la buena fe obra como fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella, y al mismo tiempo advierte que la buena fe es causa de limitación del ejercicio de derechos subjetivos o de cualquier otra forma de poder jurídico⁴⁹⁵.

Visto lo anterior, se hace fácil entender que por vía constitucional se han impuesto los deberes de conservación y protección de la parte débil contractual; de acatamiento de comportamientos honestos y leales, que procuren el bienestar del otro, y además la negativa a cumplir obligaciones que resulten atentatorias contra la vida, la dignidad y la integridad física de las personas. Todas las situaciones así descritas se corresponden con los límites constitucionales a la libertad de contratación fundados en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad social, la prevalencia del interés público o del interés general, las exigencias propias del Estado social del derecho, etc., sólo de esta manera puede entenderse que efectivamente la buena fe, cumpla su función de evitar el abuso del derecho y limite los excesos de los contratantes fuertes, frente a sus contrapartes en situación de debilidad negocial.

3.1.4 Límites constitucionales como norma.

Una pregunta inicial lleva a plantear esta dimensión de los límites constitucionales a la libertad de contratación: ¿Cómo pueden planteamientos hechos por el juez constitucional

⁴⁹⁴ Tomado de ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Editorial Legis. Bogotá 2004. Pág. 72.

⁴⁹⁵ Sentencia T-469 de 1992. Mg. Ponente Alejandro Martínez Caballero.

en casos de tutela suscitados entre particulares, impactar la generalidad de prácticas contractuales?

En efecto, los planteamientos que establecen los límites constitucionales a la libertad de contratación han sido realizados en la parte motiva de los fallos mediante los cuales la Corte Constitucional colombiana ha resuelto asuntos de carácter contractual suscitados entre particulares, así que, considerando que los fallos de tutela inicialmente, surten efectos *inter partes*, cabría plantear como tales planteamientos pueden hacerse extensivos e irradiar las prácticas contractuales entre particulares, en general, además de propiciar un cambio en las prácticas judiciales de aquellos funcionarios encargados de dirimir conflictos contractuales, valga decir, jueces, árbitros, amigables componedores, etc.

Para efectos de resolver lo anterior, habrá de recordarse que tras un intenso y poco pacífico debate en el que intervinieron las tres ramas del poder público colombiano⁴⁹⁶, la Corte Constitucional logró imponer una seria y muy bien fundamentada línea jurisprudencial, mediante las sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995, T 260 de 1995 y C-037 de 1996, en las cuales estableció un fuerte valor de los fallos proferidos en ejercicio de la acción de amparo que conllevan a que estos, si bien inicialmente solo surten efectos *inter partes*, en realidad irradian toda la práctica judicial bajo la aplicación del principio de igualdad. En tal orden de ideas, la doctrina constitucional⁴⁹⁷ ha tomado fuerza vinculante frente a todos los operadores jurídicos, tornándose en obligatoria, cuando surge de las sentencias de tutela proferidas en sala de revisión o en sala de unificación.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ El debate que confrontó a las ramas del poder público colombiano, respecto de la fuerza que debía otorgarse al precedente constitucional, puede ser observado en BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005. Un desarrollo del mismo tema *in extenso*, puede ser revisado en LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. 2009.

⁴⁹⁷ Por doctrina constitucional se ha entendido, por parte de la Corte, “las interpretaciones que sobre un determinado precepto fundamental ella ha canonizado a través de sus sentencias; interpretaciones que devienen en obligatorias sólo cuando el órgano decisorio de un caso concreto se ve abocado a resolverlo con la sola fuente constitucional” Cfr. CHINCHILLA HERRERA, Tulio. Op. Cit. Pág. 16..

⁴⁹⁸ CHINCHILLA HERRERA, Tulio. Op. Cit. Pág. 15

En efecto, siguiendo la línea trazada por la sentencia C- 083 de 1995, en sentencia T-123 de 1995, la Corte Constitucional ha recordado que la aplicación del principio de igualdad no se comprende solo en cuanto a la producción legislativa refiere, sino que, obviamente abarca la aplicación de la ley a los diferentes casos. En tal sentido, advierte el juez constitucional, que el principio de igualdad se verá vulnerado si se confiere un trato desigual a quienes se encuentren en la misma situación fáctica, sin que medie alguna situación objetiva y razonable, con lo cual impone el principio “*ubi aedem ratio, ídem jus*” (“a igual razón, igual derecho”. De una manera más simple, “a casos iguales, soluciones iguales”).⁴⁹⁹ No obstante lo anterior, no se puede entender comprometida la independencia judicial, bajo la idea de que el juez debe seguir ciega e irreflexivamente los pronunciamientos realizados previamente, pues reconoce la Corte, que es viable y válido apartarse de la línea jurisprudencial correspondiente y cambiar el criterio, siempre que tal acción se acompañe de una argumentación suficiente y razonable.

Posteriormente en sentencia T-260 de 1995, el Alto Juez constitucional, ha referido que en su función de unificación de la jurisprudencia a nivel nacional, se unifican a su turno, los criterios judiciales de interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales y adicionalmente, estableciendo la doctrina constitucional que resulta obligatoria para todos los jueces en aquellos casos en no hayan normas legales exactamente aplicables al caso controvertido.

En sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional colombiana ratifica todo lo ya dicho y establece una fuerte base a su doctrina de disciplina judicial respecto de sus fallos de tutela. En dicho pronunciamiento ha dicho:

“Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que

⁴⁹⁹ El principio de igualdad, resulta de esta manera como la base sobre la cual descansa el concepto de justicia formal y que conlleva a entender que dos casos iguales requieren tratamiento igual. Para un desarrollo más amplio del precedente, consultar a MORAL SORIANO, Leonor. El precedente judicial. Marcial Ponds, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid 2002.

intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”

Ahora bien, establecido un sistema de precedentes respecto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, cabría recordar que un precedente representa una decisión judicial contentiva de un principio que lleva definitivamente al operador jurídico a sustentar su decisión, característica esta que ha dado en denominarse *ratio decidendi*, diferente por entero a aquellas manifestaciones de paso o circunstanciales contenidas en las mismas decisiones que suelen denominarse *obiter dicta*. La *ratio decidendi*, en el sentir de la Corte Constitucional, se proyecta más allá del caso concreto, por lo cual concentra la fuerza y el valor del precedente y conlleva a que deba ser observada por todos los jueces en sus decisiones, configurándose así en fuente de derecho que integra la norma constitucional.⁵⁰⁰ De esta manera se ha llegado a entender que las interpretaciones relativas

⁵⁰⁰ Sentencia T-292 de 2006.

al alcance y significado de los derechos fundamentales, realizados por la Corte Constitucional, se integran a la Constitución con el mismo valor de la carta constitucional.

No obstante, el reconocimiento de la *ratio decidendi* o del *obiter dicta*, parece no ser siempre un asunto fácil de resolver, y requiere cierta sagacidad, argucia o habilidad interpretativa y consecuentemente argumentativa por parte del mismo operador jurídico en casos ulteriores, o de los jueces posteriores. Pretendiendo dar una luz al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que:

*“el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio decidendi a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como ratio decidendi cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.”*⁵⁰¹

Sin profundizar más respecto al tema del valor vinculante de los precedentes y de las distinciones entre los elementos del mismo por no ser tema de nuestra investigación, resulta claro a la luz de las sentencias estudiadas como fuente de los límites constitucionales a la libertad de contratación, que dichos límites se encuentran establecidos en las reiteradas remisiones que el juez constitucional hace de los principios de dignidad humana, la solidaridad social, la prevalencia del interés público o del interés general, la buena fe, el principio de igualdad, etc., siendo así que fácilmente se establece tales referencias como la *ratio decidendi* de cada una de las sentencias estudiadas y consecuentemente con efecto vinculante frente a jueces posteriores o al mismo juez en casos siguientes.

⁵⁰¹ Sentencia SU -047 de 1999.

Tales pronunciamientos adoptan entonces el carácter de norma, entendida no como disposición, sino como el resultado de un razonamiento jurídico requerido para resolver el caso correspondiente. En tal sentido habrá de entenderse que la norma como disposición comprende un concepto bastante simple, pues hace referencia a un documento normativo dotado de autoridad⁵⁰², tales como las disposiciones constitucionales o legales, reglamentarias, etc.; en tanto que la norma como premisa de un razonamiento jurídico acabado es un concepto más complejo, o más elaborado si se prefiere, pues se trata de una norma carente de jerarquía, pero dotada de fuerza jurídica que le es dada por el razonamiento dado por los juristas. En palabras del profesor Aguiló Regla, en este sentido la norma es *“una construcción de los juristas, que contiene todos los factores relevantes para la solución del caso y que su finalidad es justificar las decisiones que toman”*⁵⁰³

La Corte Constitucional colombiana, ha desarrollado de manera clara y suficiente la diferenciación de los significados que puede generar el concepto de norma y en consecuencia ha dicho:

“En general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que la teoría jurídica, y en particular la teoría constitucional, distingue con claridad entre, de una parte, los enunciados normativos, esto es, los textos legales y, de otra parte, las normas o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas o proposiciones normativas son el resultado de la misma. Conforme a lo anterior, para la doctrina es perfectamente claro que un texto o enunciado legal puede contener diversas normas, mientras que una misma

⁵⁰² AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit. 2000. Pág. 65.

⁵⁰³ AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit. 2000. Pág. 107

norma puede estar contenida en diversos textos o enunciados legislativos, porque la relación entre norma y enunciado normativo no es siempre unívoca.”⁵⁰⁴

Así que es claro que con los pronunciamientos desarrollados por el juez constitucional colombiano, en cuanto a límites constitucionales a la libertad de contratación se habrían creado normas judiciales, bajo el entendido de que se han realizado “razonamientos jurídicos” con fuerza de Derecho respecto de los mismos. En vista de lo anterior, resulta evidente que cada vez que se encuentren conflictos contractuales entre particulares, en los que se ponga en juego principios constitucionales o valores, tales como la dignidad humana, la solidaridad social, la prevalencia del interés público o del interés general, la buena fe, el principio de igualdad, entre otros, se deberán tener presentes los pronunciamientos anteriores proferidos por el juez constitucional tomando los mismos como límites efectivos a la libertad de contratación.

Lo anterior, conduce necesariamente a entender que los pronunciamientos realizados por el juez constitucional colombiano, en los cuales ha señalado la existencia de límites constitucionales a la libertad de contratación que superan los incorporados por la doctrina clásica del contrato, irradian de diferente manera a las partes trabadas en el asunto contractual correspondiente, a los jueces y a la comunidad en general. A las partes, por cuanto deben atenerse a lo dispuesto en el fallo de tutela correspondiente, so pena de incurrir en desacato, con las consecuencias que para el efecto establece la legislación colombiana; a los jueces, fijándoles una pauta general de interpretación y aplicación del derecho, que deberán observar en todos los casos posteriores en que se presenten circunstancias fácticas con características relevantes similares; finalmente, a la comunidad en general, generando un efecto simbólico.

El profesor colombiano Mauricio García Villegas, refiere que “[t]oda norma jurídica, en cuanto discurso institucional depositario del poder denominación y de delimitación de lo

⁵⁰⁴ Salvamento de voto a la sentencia C-543 de 1996. Mgs. Ponentes Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

legal y de lo justo, tiene una dimensión simbólica.”⁵⁰⁵ Tal eficacia simbólica, puede conducir a moldear las acciones, modificar los comportamientos de una generalidad.

En tal sentido, la comunidad en general podrá modificar sus prácticas contractuales bajo la comprensión clara y cierta de que el juez constitucional no acepta el ejercicio ilimitado de la libertad de contratación, sino que por el contrario la circunscribe a ciertos intereses superiores tales como la dignidad humana, la igualdad, etc. Igualmente se entenderá que la norma de conducta impuesta por el juez constitucional no cubre directamente a toda la comunidad, pues sus efectos no son *erga omnes*, pero bajo la disciplina del precedente, puede llegar a cubrirlos, si se insiste en desarrollar prácticas atentatorias de tales intereses superiores. Así las cosas, la dimensión normativa de los límites constitucionales a la libertad de contratación cumple, frente a terceros no involucrados en la disputa correspondiente, una función persuasiva que conduce a la transformación de sus prácticas contractuales.

En tal orden de ideas y haciendo propio el parafraseo que el profesor Diego López hace del juez Charles Evans Hughes, según el cual *“hoy con la nueva constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”*⁵⁰⁶, podríamos de manera concluyente afirmar que los límites a la libertad de contratación, son aquellos que los jueces han dicho a través de sus sentencias de tutela.

3.2 Límites constitucionales y “altruismo contractual”.

Hablar de “altruismo contractual” y consecuentemente poner en relación el altruismo o filantropía con el derecho de los contratos pareciera ser una necesidad de enormes proporciones, bajo la consideración del conflicto irresoluble que surge entre la filosofía que

⁵⁰⁵ GARCIA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. IEPRI: Debate. Bogotá. 2014. Pág. 93.

⁵⁰⁶ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. 2009. Pág. 3. Cfr. La nota al pie identificada con el No. 1, en la cual aparece la frase exacta pronunciada por el juez Hughes, quien ha manifestado: *“We live under a Constitution; but the Constitution is what the judges say it is”*.

encarna el concepto del “altruismo” y la institución del “contrato”, surgida bajo la influencia del espíritu individualista que orienta al derecho privado, en general; al decir del profesor colombiano César Rodríguez, este conflicto ha sido considerado por autores como Duncan Kennedy, como un conflicto radical, pues hace referencia a perspectivas de filosofía social diametralmente opuestas, que terminarán por generar instituciones jurídicas contradictorias al interior del derecho privado, sin que medie entre ellas, algún principio conciliador que evite la irremediable colisión que surgirá entre el espíritu individualista y los principios fundados en el altruismo o la solidaridad.⁵⁰⁷

El choque arriba denunciado, puede hacerse evidente bajo la consideración de que en la celebración de un contrato, cada contratante procura la satisfacción de sus intereses particulares, sin consideración a los intereses de su contraparte; más aún, podría decirse que en el esquema del “contrato de contraprestación” – diferente al modelo conocido como “contrato de colaboración”- cada contratante procura la satisfacción de sus intereses y necesidades, aun a costa de los intereses y necesidades de su contraparte; así, la existencia de intereses contrapuestos se hace evidente y motiva el actuar de los contratantes bajo la premisa de poder ganar más, concediendo menos.

Vistas así las cosas, resulta evidente, en principio, que las ideas altruistas no tendrían cabida ni en la teoría surgida del derecho contractual, ni en la práctica contractual en sí misma considerada. Lo anterior se explica bajo la consideración de dos perspectivas posibles que podría mostrar la relación altruismo-contrato, así: a) Una visión moderada o *light* del altruismo, que supone que los contratantes actuarán no solo procurando el bienestar propio, sino que además con el acuerdo contractual procurarán el bienestar para el otro, es decir, se actúa en consideración con el otro; b) De otro lado, una perspectiva fuerte del altruismo, correspondiente a la del “buen samaritano”, que conduce a entender que una

⁵⁰⁷ RODRÍGUEZ César. Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Estudio preliminar en KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Traductores Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. Santafé de Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Ediciones Uniandes 1999. Pág. 61.

de las partes en el acuerdo contractual, estaría dispuesto a sacrificar intereses propios a fin de satisfacer intereses de la contraparte en el acuerdo contractual⁵⁰⁸.

Ninguna de las dos perspectivas parece razonable en la dinámica propia del mundo de los negocios, que inspirada en el pensamiento individualista, conlleva a entender que existe una tajante y definitiva separación entre el interés propio y el interés ajeno.

Como se puede ver, el ánimo de las partes que confluyen al acuerdo contractual, se mueve por el afán de ganancia a partir de su contraparte, esto es, el ánimo de lucro. No obstante, aún en el ánimo de lucro suelen encontrarse diferentes tipos de comportamiento de los actores, tal como lo muestra Weber en su “Desarrollo de la ideología capitalista”, cuando refiere que existe una relación “piadosa” con respecto a los compañeros de tribu, comunidad doméstica o linaje, que impide todo género de lucro (moral de grupo), a la vez que existe una absoluta eliminación de obstáculos en los fines lucrativos, cuando las relaciones son de carácter extrínseco, esto es con grupos o personas ajenas o extrañas, con quien se establece una relación carente de consideraciones éticas, bajo la idea según la cual, el extraño es un enemigo (moral respecto de los extraños); finalmente distingue la relación familiar, en la cual no se requiere siquiera consideración piadosa alguna, pues simplemente los ánimos lucrativos desaparecen.⁵⁰⁹

En este sentido, cabe entender que el pensamiento individualista solo podría ceder frente a consideraciones subjetivas asociadas a la noción de pertenencia a una familia, a una comunidad, etc., pero que de otro lado, esto es, frente a terceros, podría conducir al desbordamiento de los “apetitos” de las partes vinculadas al contrato y al exceso de voracidad en desarrollo del mismo, por lo cual cobran especial importancia las palabras de Portalis en cuanto justificación de los límites a la autonomía de la voluntad, tendientes a evitar que los contratantes se comportasen como si vivieran en un “estado de naturaleza”⁵¹⁰;

⁵⁰⁸ PEREIRA FREDES, Esteban. Altruismo y Derecho Contractual. En AA.VV. Filosofía del Derecho Privado. PAPAYANNIS, Diego M., PEREIRA FREDES, Esteban (Eds). Marcial Pons. Madrid, 2018. Pág. 141.

⁵⁰⁹ WEBER, Max. Op. Cit. Pág. 447.

⁵¹⁰ Cfr. Numeral 2.1 de la primera parte del presente trabajo.

siendo así, de la mano de los “*Critical Legal Studies*” surge en escena una nueva perspectiva del altruismo en relación con el derecho contractual⁵¹¹ según la cual, el altruismo no tendría como finalidad pensar en el otro, ni mucho menos favorecer al otro a costa de sí mismo, sino simplemente frenar los apetitos voraces de las partes; en tal sentido los límites a la autonomía de la voluntad y más precisamente a la libertad de contratación, se dirigen a limitar o frenar los excesos que pudieran derivarse del ejercicio exacerbado de las facultades derivadas de la autonomía de la voluntad, y en manera alguna a procurar bienestar a la contraparte a costa de los intereses propios.

Los límites a la autonomía de la voluntad, y por ende a la libertad de contratación, canalizan entonces los intereses altruistas, erigiendo obstáculos a los desbordamientos de los intereses puramente individualistas. Es en tal sentido, entonces, que deben ser entendidos los límites tradicionales contemplados por la legislación civil, además de instituciones tales como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la teoría de la imprevisión,⁵¹² etc., con las cuales se procura mantener el equilibrio contractual y evitar el desbordamiento de la fundamentación individualista tradicional.⁵¹³

Pregunta Weber⁵¹⁴ ¿en qué circunstancias es legítimo y susceptible de modelar el afán de lucro, considerando que se trata de un sentimiento universal, llevando a generar estructuras racionales capitalistas? La respuesta, podríamos intentarla a partir del constitucionalismo de la segunda posguerra, esto es a partir del surgimiento del neoconstitucionalismo y de los afanes propios del Estado social de derecho. En efecto el verdadero salto al “altruismo contractual”, bajo el entendido de favorecer a la contraparte, se da entonces a partir del

⁵¹¹ NIETO, Eduardo Hernando. Op. Cit. Pág. 179.

⁵¹² Para el efecto habrá de considerarse que estas instituciones hicieron presencia, en el contexto colombiano, primero por gracia de avezados pronunciamientos jurisprudenciales emanados de la llamada “Corte de Oro”, hacia mediados de los años treinta del siglo XX. Posteriormente fueron recogidos e incorporados en el Código de Comercio colombiano, con lo cual estas figuras pasaron de ser atrevidos esfuerzos jurisprudenciales, a ser instituciones de carácter legal. Cfr. GIRALDO BASANTE, Carlos Julio. Op. Cit. Pág. 212.

⁵¹³ En este aspecto nos apartamos de la posición asumido por los profesores Pereira Fredes y Giraldo Bustamante, quienes encuentran en las figuras arriba mencionadas, muestras claras de altruismo contractual. Cfr. PEREIRA FREDES, Esteban. Op. Cit. Pág. 150 y ss. GIRALDO BUSTAMANTE, Carlos Julio. Op. Cit. Págs. 217 – 222.

⁵¹⁴ WEBER, Max. Op. Cit. Pág. 447.

proceso de constitucionalización del derecho de los contratos y de los litigios contractuales, pues a partir de tal fenómeno han sucedido, al menos dos situaciones de interés para nuestra investigación: i) se ha generado por parte de la justicia constitucional, un cambio en la finalidad perseguida por la autonomía de la voluntad, de la cual afirma que ya no se reduce a la satisfacción de intereses personales, sino que además se dirige a la promoción del interés público y del bienestar común,⁵¹⁵ y ii) se han fijado nuevos y variados límites a la libertad de contratación, entre los cuales se destaca la sujeción de la misma al principio de solidaridad, del cual se ha dicho que “se configura como un principio medular básico capaz de garantizar la idea de dignidad humana”⁵¹⁶, y que corresponde por tanto a “*un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo*”.⁵¹⁷

La aprehensión de lo anterior, permitiría entender casos como el decidido a través de la sentencia T-375 de 1997 conocido coloquialmente como “el caso del vendedor de parafina”⁵¹⁸, que como ya se vio líneas arriba, obligó a que el proveedor de dicha materia prima siguiera vendiéndole a un cliente con quien tuvo diferencias comerciales que llegaron hasta instancias de carácter administrativo. En tales circunstancias cabría preguntarse si tal exigencia para dicho proveedor, no lo pone en condición de “buen samaritano”, bajo el entendido que lo obliga a mantener un trato comercial con quien evidentemente se ha enemistado, con lo cual lo pone en situación de satisfacer intereses ajenos, aun a costa de los intereses propios.

No obstante, la explicación del fenómeno anterior, puede requerir una revisión del concepto de “autonomía privada” y consecuentemente al de libertad de contratación. Para el efecto, de la mano del profesor italiano Luigi Ferri habremos de desprendernos de la concepción

⁵¹⁵ Cfr. Gráfico No. 4 del presente trabajo.

⁵¹⁶ ALGUACIL GONZÁLES-AURIOLES, Jorge Rafael. Garantía y solidaridad: Los límites de los derechos. En En AA.VV. Derechos Humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis. Editores José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer y Rafael Enrique Aguilera Portales. Edit. UNED, Madrid, 2017. Pág. 207.

⁵¹⁷ Sentencia T-413 de 2013. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁵¹⁸ Cfr. Num. 2.4.3.3 del presente trabajo.

tradicional de la autonomía privada, entendiéndola no como una libertad, sino como un poder dirigido a crear normas jurídicas dentro de límites expresamente determinados y establecidos por la ley.⁵¹⁹

Ahora bien, ese poder de creación normativa puesto en manos de particulares, se comprendería dentro de las siguientes características:

.- Se expresa en la posibilidad de los contratantes en determinar el contenido contractual, esto es, decidir por sí mismos los deberes que se asumen en virtud del acuerdo contractual.

.- En principio, el poder normativo de los particulares, tiene como finalidad la de procurar la satisfacción de intereses eminentemente privados.⁵²⁰

.- Las normas creadas por los particulares en ejercicio del poder que les ha sido conferido, poseen un carácter diferente a las normas creadas por los órganos estatales, pues no son normas de carácter general y abstracto, sino de carácter particular y concreto.⁵²¹

.- El poder normativo de los particulares, no se constituye en un poder originario, sino en un poder derivado, considerando que es atribuido por ley, y que en tal orden de ideas, es a través de la misma ley que se imponen cargas y límites al ejercicio de la potestad normativa.⁵²² En tal orden de ideas, es claro que no se trata de un poder normativo natural, sino derivado del Estado; un poder jurídico.

.- Finalmente, considerando que las normas contractuales vertidas en los acuerdos celebrados por los particulares, surgen de un poder jurídico, tales normas adoptan el carácter de normas jurídicas.⁵²³

Hasta aquí, compartimos las tesis expuestas por el ilustre catedrático de la Universidad de Ferrara, pero debemos apartarnos en cuanto el mismo añade una característica con la que

⁵¹⁹ FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 9

⁵²⁰ FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 30.

⁵²¹ FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 35.

⁵²² FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 43.

⁵²³ FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 68.

no comulgamos y que por el contrario, es necesario refutar. En efecto, el profesor Ferri estima que los intereses que se persiguen y que se buscan satisfacer mediante los negocios jurídicos y consecuentemente, mediante el ejercicio del poder normativo que se ha otorgado a los particulares, corresponde solamente a intereses de naturaleza privada, y estima que es un error pretender que la actividad comercial deba “*perseguir fines socialmente apreciables*”⁵²⁴, bajo la idea de que la potestad normativa particular, no se establece como un poder – fin, es decir, no existe finalidad alguna impuesta por el Estado a los particulares, para que hagan uso del poder normativo que se les ha conferido.

En concreto, ha referido el profesor Ferri⁵²⁵ que “[L]a autonomía privada no es un poder conferido al individuo para la consecución de un objeto o fin que se le imponga como objeto o fin necesario, es decir, no es un poder al que corresponda una ‘función’ o un ‘officium’.”⁵²⁶

Esta afirmación del ilustre profesor Ferri choca en al menos dos aspectos: i) desconoce las posiciones doctrinarias que expresa o tácitamente atribuyen funciones a las potestades contractuales; ii) amen de la anterior discusión, la concepción de la autonomía privada como un poder sin función, resulta ajena a los postulados del constitucionalismo, especialmente en cuanto a la *Unmittelbare, direkte Drittwirkung* refiere, tal como ocurre en el contexto colombiano.

Respecto del primero de los reparos que hemos efectuado, deberá considerarse que efectivamente un gran sector de la doctrina atribuye al contrato en general y a las reglas contractuales en particular, la función de servir de medio para promover la justicia distributiva en la sociedad⁵²⁷.

⁵²⁴ FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 10.

⁵²⁵ FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 47.

⁵²⁶ En el entendido del profesor Ferri, un “*officium*” o función se hace presente cuando se imponen intereses superiores a la voluntad de los individuos. Cfr. FERRI, Luigi. Op. Cit. Pág. 49.

⁵²⁷ En esta perspectiva se podría encontrar a autores como Anthony Kronman, John Rawls, y los principales exponentes de los *Critical Legal Studies*, entre otros.

Esta función atribuida al contrato, en realidad no es novedosa; El ilustre profesor Francesco Carnelutti⁵²⁸, refería como el derecho, y en él, el contrato, sirven como herramientas para lograr que los hombres vivan en paz. La explicación que el profesor italiano hace de lo anterior, podría sintetizarse de la siguiente manera: El hombre alcanza la felicidad mediante la satisfacción de sus necesidades; para ello requiere adquirir bienes, pero sucede que mientras los bienes son limitados, las necesidades insatisfechas son ilimitadas, conllevando a que se generen las guerras en procura de lograr los bienes requeridos por el hombre en particular y por la sociedad en general. En tal escenario, el contrato surge como un fenómeno económico – no jurídico- tendiente a lograr el equilibrio entre las fuerzas contrarias combatientes y por tal vía, se procura lograr la paz.

No obstante lo anterior, refiere nuestro autor, que para efectos de poner en orden el caos económico, es menester “*sostituire el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú*”, conduciendo con ello a que quien tiene, dé espontáneamente, y si no lo hace, se lo constriña a que dé. Con lo así explicado, se impone una carga de moral a la economía, que para el efecto, tal carga moral es constituida por el derecho. En la brevísima explicación anterior, se puede observar al contrato como instrumento empleado para lograr la satisfacción de los intereses personales y sociales, mediante la adecuada redistribución de bienes.

Así las cosas, entendiendo al contrato como herramienta a favor de la realización de la justicia distributiva, se deberá entender que al emplear los contratos como mecanismo idóneo para disponer de los bienes que una persona posee, el contrato contribuye a desarrollar la redistribución de los bienes de una parte a la otra de manera tal, que al incumplirse el contrato, se estaría afectando no solo al otro contratante en su expectativa de satisfacción de ciertos intereses y necesidades, sino que se afectaría también la distribución global de la riqueza. Según Martín Hevia, estas consideraciones llevarían a algunos autores

⁵²⁸ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit. Págs. 11 y ss.

a entender que el derecho contractual debe ser entendido en términos de justicia distributiva.⁵²⁹

Ahora bien, con respecto al segundo reparo que hemos realizado a la teoría del ilustre profesor Ferri, referente al impacto del constitucionalismo en el derecho contractual en general, y en la concepción de la autonomía de la voluntad en particular, descansa en las consideración de la sujeción de toda operación de interpretación y aplicación del derecho al imperio de la constitución⁵³⁰ lo cual, como resulta apenas obvio, no puede dejar por fuera a los contratos como una operación que, según lo visto líneas arriba, no solo debe sujetarse a las normas jurídicas, sino que además produce normas jurídicas que en manera alguna pueden resultar ajenas a los postulados constitucionales.

Al respecto, el ilustre profesor de la Universidad de Castilla – La Mancha, Luís Prieto Sanchís, ha considerado:

*“[L]a mayor parte de los artículos del Código civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada ‘función social’ de la propiedad (art. 33), la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad.”*⁵³¹

A su turno el profesor Fioravanti ha referido que

⁵²⁹ HEVIA, Martín. Op. Cit. Pág. 27.

⁵³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 216.

⁵³¹ PRIETO SANCHÍS, Luís. Op. Cit. 2007. Pág. 217.

*“las constituciones actuales como normas directivas fundamentales, con sus derechos sociales y sus premisas de justicia social, no han nacido en absoluto en función antiestatista, ..., sino en una relación de clara continuidad con el aspecto más claro de todo el estatismo, que es el constructivismo, es decir, la tendencia a concebir el cuerpo social organizado no como una societas, en la que cada uno persigue libremente sus propios fines respetando las normas generales de conducta, sino como una universitas, en la que a cada uno está asignado un deber y un lugar en relación al cumplimiento de la empresa colectiva, a la realización de la norma directiva fundamental, por ejemplo ... la realización de la justicia social”.*⁵³²

En tal orden de ideas ya no resulta admisible la idea según la cual la autonomía privada, y dentro de ella la libertad de contratación, no es un “poder fin”, pues es claro que todo el ejercicio de libertades otorgadas a los particulares deben contribuir al desarrollo de los intereses superiores desprendidos del texto constitucional. Que oportunas resultan en este contexto, las palabras del profesor Alguacil Gonzáles-Aurioles, quien refiere que “[E]l constitucionalismo del Estado social genera las bases... para integrar la pluralidad y lo hace precisamente a través de la configuración del valor Solidaridad como medular del nuevo orden. La solidaridad se realiza, como observa Peces Barba, ‘a través de la función promocional del Derecho, y se identifica con la realización de un ideal común, el de la realización igualitaria y de integración social’”.⁵³³

3.3 Límites constitucionales como mecanismo de realización de los fines del Estado Social de Derecho.

Comprender adecuadamente el intitulado anterior, puede ser una labor verdaderamente extenuante y comprometedora, pues conduce, en primer lugar a entender la verdadera dimensión de los “fines del Estado social de Derecho”, lo cual daría en sí mismo para un estudio extenso y agotador; en segundo lugar, conlleva a explicar cómo los límites

⁵³² FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit. 1996. Pág. 132.

⁵³³ ALGUACIL GONZÁLES-AURIOLES, Jorge Rafael. Op. Cit. Pág. 206.

constitucionales a la libertad de contratación pueden conducir a la efectiva realización de tales fines estatales.

Para abordar, de manera al menos satisfactoria, las anteriores cuestiones, sea lo primero volver sobre el Estado social de Derecho y sus finalidades, para luego relacionar dicho concepto con los límites a la libertad de contratación.

3.3.1 Los fines del Estado social de Derecho.

Existe una idea generalizada y altamente aceptada de que el fin principal del Estado social de Derecho, como una forma más avanzada respecto del Estado de Derecho, es promover la libertad y la igualdad, como mecanismos de conservación de una forma estatal fundada en el liberalismo que está condenada a desaparecer.

Para mejor comprensión de lo anterior, valga tener presente que se ha considerado que el Estado social es el resultante de un compromiso de la burguesía y la clase obrera⁵³⁴, en la cual la burguesía pretende mantener la hegemonía resultante del Estado liberal, destinado a fracasar por los excesos y abusos generados por aquel, en tanto que la clase obrera procura generar políticas de protección y favorecimiento a los más desfavorecidos frente a los abusos antes comentados⁵³⁵. Así las cosas, el Estado social es el resultante del temor de unos a la revolución y el temor de otros a la dictadura⁵³⁶, temores que buscan ser

⁵³⁴ En tal sentido, cabe tener presente como el régimen de Weimar, surgió a partir del pacto social y el compromiso suscrito entre los sindicatos alemanes y las organizaciones patronales, que contaron con la adecuada mediación del partido socialdemócrata, con lo cual se evitó la alternativa revolucionaria tras la derrota sufrida por Alemania durante la primera guerra mundial. Cfr. BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 29.

⁵³⁵ Resulta interesante en este aspecto, observar ese carácter transaccional en el proceso de reconstrucción del Estado social en la antigua Alemania occidental, en la cual se hicieron concesiones por parte del movimiento obrero, por un lado, y por el otro, por el liberalismo económico impuesto por los Estados Unidos y encarnado por la social democracia. Las concesiones recíprocas se podían evidenciar en hechos tales como permitir la presencia sindical en los consejos de administración de las grandes empresas. Cfr. SOTELO, Ignacio. Op. Cit. Págs. 255 – 259.

⁵³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 126.

conjurados con un término medio que satisfaga adecuadamente los intereses y pretensiones de unos y otros.

En tal de orden de ideas, el Estado social no es aquel que simplemente realice o implemente políticas sociales, sino que va más allá, pues significa el reacomodamiento de la estructura estatal en su integridad, conducida por un lado, a lograr la intervención del poder público en defensa de los detentadores de los medios de producción en un sistema capitalista, y de otro lado, a la defensa de las clases inferiores, por lo que ha dado en entenderse que el Estado social se erige en una especie de “Cruz Roja” del capitalismo.⁵³⁷ Siendo así, la modificación estatal solo es posible, mediante la adecuación constitucional que permita la introducción de tales cambios.

Para lo que interesa en nuestro estudio, huelga advertir que las primeras normas de rango constitucional destinadas a lograr los fines emanados de la forma de Estado social, adoptada tanto por España como por Colombia, descansan en el principio de igualdad, el cual se contiene en los artículos 1.1, y 9.2 de la Constitución española⁵³⁸, y en el inciso segundo del artículo 13 del texto constitucional colombiano⁵³⁹, advirtiendo, eso sí, que en el texto colombiano el principio de igualdad se ve reforzado cuando el inciso tercero del mismo artículo, impone el deber al de Estado garantizar la protección a las personas que se encuentren en condición de debilidad manifiesta, lo cual por supuesto incluye a las personas en condición de debilidad económica.

⁵³⁷ DE CABO. La Crisis del Estado social. 1986, citado por LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015, Pág. 125.

⁵³⁸ Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

⁵³⁹ ART. 13.—Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Ahora bien, sea lo primero tratar de establecer cuál es el alcance de la igualdad pretendida por el Estado social de Derecho, pues la misma ha sido criticada bajo el argumento de que *“la cláusula de igualdad sustancial de las constituciones del Estado social tiene un carácter aporético, desde el instante en que ordena a un sistema intrínsecamente productor de desigualdades la generación de mecanismos jurídicos que las hagan desaparecer”*⁵⁴⁰, adicionando que si bien la cláusula de igualdad tiene carácter aporético, el mismo defecto lo tienen los mecanismos jurídico-constitucionales que en apariencia, conducen a la búsqueda de dicha igualdad.

De la misma manera se ha dicho que llevar la realización de la aspiración de igualdad hasta sus últimas consecuencias, conllevaría al decaimiento de las instituciones derivadas de la “Constitución económica”, fundadas en la propiedad privada y en la libre iniciativa privada, y que por tanto la igualdad que defiende el Estado social debe ser entendida como igualdad en y ante la ley, lo que a su turno conduce a entender que se deben desechar todas las formas de discriminación negativa⁵⁴¹, lo cual se evidencia en los artículos 14 de la Constitución española⁵⁴² y 5º y 13 de la Constitución colombiana.

En tal orden de ideas se ha expresado que la configuración de los Estados como “Estado social” y su consecuente finalidad de buscar una igualdad efectiva, material y por ende procurar más equitativas y mejores condiciones sociales, conduce a asumir la posibilidad de

⁵⁴⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. Op. Cit. 2015. Pág. 128.

⁵⁴¹ Idem.

⁵⁴² Es menester considerar que las consagraciones constitucionales del principio de igualdad contenidas en la carta constitucional española, se han visto fuertemente reforzadas por lo dispuesto por normativas de carácter comunitario, que hacen del principio de no discriminación uno de los fundamentos jurídicos sobre los que reposa el derecho Comunitario, tal como lo ha reconocido la sentencia STJCE C-2/1992. A partir de las Directivas 2000/43/CE, y 2004/113/CE, las normas de origen Comunitario han prohibido expresamente las prácticas discriminatorias en el ejercicio de la libertad de contratación, y han permitido identificar nuevas formas de discriminación aparte de la llamada “discriminación directa” (fundada en razones sexuales, entre otros motivos), que igualmente se proscriben, tales como la discriminación indirecta (como la exigencia de ciertos requisitos, prácticas o condiciones que pueden resultar desproporcionados para algunos individuos), la discriminación por asociación, discriminación múltiple, etc. Cfr. LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada. La prohibición de discriminación y su incidencia en la contratación privada. En AA.VV. Autonomía privada y límites a su libre ejercicio. Colección: Crítica del derecho, Sección: Derecho vivo 50, Director: José Luís Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada 2016. Pág. 89 y ss.

limitación de la autonomía de la voluntad, afectando especialmente a las instituciones de la propiedad y el contrato.

En cuanto a la libertad, la cláusula general de esta se encuentra garantizada en el preámbulo mismo de la carta constitucional española, y además en el artículo 1.1, y en el artículo 38, que si bien refiere a la “libertad de empresa”, se ha entendido que comprende la libre iniciativa y actividad económica.⁵⁴³ Para el contexto colombiano, la cláusula general de libertad se encuentra contenida en el preámbulo constitucional, pero además, en cuanto a la libertad económica refiere, ésta se encuentra contemplada en el artículo 333 que garantiza la actividad económica y la iniciativa privada, pero sujetas a los límites del bien común.

Cómo se puede evidenciar, la libertad en cuanto al ámbito económico refiere, no está desprovista de límites, que claramente puede entenderse, corresponden a los derivados de la fórmula de “Estado social”, y por ende circunscritos a las exigencias de la economía general o del bien común, tal como se ha expuesto. En ambos, esto es en el contexto español y colombiano, se ha establecido que el ejercicio de este tipo de libertades de carácter y contenido económico, viene acompañada por la garantía de legalidad según la cual los límites específicos para el ejercicio de tales libertades, se encuentra determinado por los límites que sean impuestos mediante la ley como única fuente jurídica para el efecto, a la vez que se ha establecido el deber estatal de garantizar el ejercicio de estas libertades, como quiera que se trata de libertades protegidas constitucionalmente.⁵⁴⁴

Visto así, es claro que la pretensión de igualdad, propia a la fórmula del Estado social de Derecho, no se opone en nada a las pretensiones de libertad, que también corresponden a dicho modelo estatal; dicho de otra manera, la pretensión de igualdad no conlleva la negación del principio de libertad, en cuanto se entiende que la libertad se enmarca dentro de un contexto social, que es consciente de la existencia del otro y consecuentemente no es

⁵⁴³ CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. 2009. Pág. 65.

⁵⁴⁴ CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. Pág. 75.

una libertad plena o absoluta, sino que solo se encuentra garantizada en la medida en que se reconozca por igual a todos los miembros del grupo social.

Así las cosas, existe consenso y claridad en entender que igualdad y libertad son los fines primarios asociados a la noción de “Estado social”, más no son los únicos fines que corresponden al mismo. En efecto, cada Estado que ha adoptado el modelo de Estado social, ha adoptado a su turno una serie de finalidades características de sí mismo, que le imprimen la nota diferenciadora de otros estados semejantes.

3.3.2 Fines específicos de los estados español y colombiano como Estado social del Derecho.

El preámbulo del texto constitucional colombiano y sus artículos 1º y 2º constituyen una rica fuente de la que emanan los fines perseguidos por el Estado colombiano. En ellos se destacan los afanes de lograr la igualdad, la libertad, la convivencia, la paz, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general y la vigencia de un orden justo.

Estos anhelos, traducidos en fines estatales a la luz de lo dispuesto por el artículo 2º de la carta constitucional, han cobrado especial relevancia a partir de lo dispuesto por la Corte Constitucional colombiana en diferentes providencias. Así por ejemplo, se destaca la sentencia C-479 de 1992, en la cual la alta corporación constitucional reconoce el efecto vinculante del preámbulo constitucional, del cual afirma, no solo indica los principios que orientan la carta política, sino que además establece los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, da sentido a los preceptos constitucionales y señala las metas hacia las cuales se dirige la acción del Estado.

Es claro entonces que junto con la igualdad y la libertad como fines propios del Estado social, surgen otros fines característicos del Estado colombiano determinados por criterios coincidentes a los que el juez constitucional ha determinado como límites a la libertad de contratación mediante los diversos fallos proferidos a instancia de acciones de tutela suscitadas entre particulares, tales como la solidaridad social, la prevalencia del interés general, la igualdad, etc.

En el texto constitucional español, no se encuentra una declaración expresa de los fines del Estado más allá de los establecidos en el preámbulo de la Carta donde se contemplan la justicia, la libertad y la seguridad como fines propios del Estado español; no obstante, la carencia de norma de rango constitucional que determine expresamente los fines del Estado, no implica la carencia de ellos, ni los aleja de los que hemos establecido como fines propios del Estado en el contexto colombiano.

Piénsese, para el efecto, que al haber adoptado el modelo de Estado social, se adoptan los principios de igualdad y de libertad como fines esenciales del Estado; de ellos, tal como lo hemos expuesto líneas arriba, surge una interrelación en la que las pretensiones de igualdad no se contraponen a las pretensiones de libertad, sino que por el contrario se entiende que la libertad debe ser ejercida en consideración del otro, lo cual conduce irremediabilmente a conferir un papel preponderante al principio de solidaridad⁵⁴⁵, que aun cuando no está expresamente plasmado en el texto constitucional español, esto es, carece de consagración positiva, si puede ser extraído de otras disposiciones de rango constitucional tales como los artículo 9.2, 10.1 y 45.2 de la Constitución española. Es así como, en el sentir de la profesora Correa Henao, lo ha entendido el profesor español Peces-Barba, quien ha considerado que la solidaridad se erige como el “valor superior de la organización jurídica de la sociedad, del que se desprende el reconocimiento de la realidad del otro”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ CORREA HENAO, Magdalena. Op Cit. 2009. Pág. 110.

⁵⁴⁶ Cfr. Nota al pie No. 29 en CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. 2009. Pág. 110.

En cuanto a la prevalencia del interés general y el respeto a la dignidad humana, estos se encuentran consagrados en el artículo 10.1 de la carta constitucional española, el cual advierte de manera contundente que los anteriores se erigen en fundamento del orden político y de la paz social, con lo cual la relevancia que alcanzan es mayor pues se debe entender que la autonomía de la voluntad se subordina a dichos principios y a la función social que el contrato debe cumplir, asumiendo en consecuencia un valor instrumental.⁵⁴⁷

El profesor Bassols Coma⁵⁴⁸, al respecto ha considerado que el enunciado del preámbulo de la Constitución española referente a la necesidad de garantizar la convivencia dentro de “un orden económico y social justo” y “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”, se fundamenta en principios orientadores de toda la actividad de los poderes públicos, que se pueden sintetizar en función de los destinatarios, los objetivos económicos perseguidos, las prestaciones sociales vitales, la tutela de los servicios culturales y la protección de los bienes ambientales.

De lo anterior, se destacan para nuestro estudio, los dos primeros de los mencionados, pues la referencia a los destinatarios, corresponde a la familia, la juventud, los disminuidos físicos, la tercera edad, trabajadores, emigrantes, consumidores y usuarios; en tanto a los objetivos económicos perseguidos, estos hacen relación con la redistribución de la renta nacional y personal, la estabilidad económica y la realización de políticas públicas de empleo.

Vistas así las cosas, resulta clara la presencia de los objetivos teóricos derivados del modelo de Estado social, en la realidad española, y deben ser considerados como elementos determinantes de las políticas económico-sociales derivadas de la Constitución.

⁵⁴⁷ SORO RUSELL, Olivier. Op. Cit. Pag. 214.

⁵⁴⁸ BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 97.

Ahora bien, determinados los fines del Estado social, tanto en su carácter general, como en su perspectiva específica en los Estados español y colombiano, resulta de sumo interés la consideración planteada por la Corte Constitucional, en sentencia C-115 de 2017, en la cual ha referido que los fines esenciales del Estado no solo son responsabilidad exclusiva de los funcionarios públicos, sino que también le asiste responsabilidad a los particulares, lo cual permite entender que los particulares, en ejercicio de sus actos correspondientes a su órbita privada, deben contribuir efectivamente a la realización de los fines del Estado como quiera que hacen parte del mismo.

Finalmente cabría recordar que uno de los propósitos sustanciales del Estado social, es el correspondiente a la redistribución de la riqueza. Tal finalidad se puede ver nítidamente en los anhelos constitucionales colombiano y español, si se considera que ese, precisamente, es el sentido que se atribuye al artículo 40.1 de la Constitución española en cuanto establece el deber de los poderes públicos de promover “las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa” y del artículo 334 de la Constitución colombiana en cuanto asigna la dirección de la economía al Estado con la finalidad de lograr, entre otros, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo.

Buena parte de lo que se ha dicho aquí, puede ser visto en el contexto español, en el reciente Real Decreto-ley 5/2020 de 25 de Febrero, con el cual se ha intervenido la libertad de contratación en el mercado agroindustrial, limitando la libertad de configuración interna del contrato, pues con la finalidad de *“evitar el abandono de las explotaciones agrarias y asegurar en la medida de lo posible un reparto equitativo de los costes sociales, ambientales, de competitividad y de sostenibilidad, que se residencian de modo agravado en los operadores que dedican sus esfuerzos al sector primario y, muy especialmente, a los eslabones menos protegidos y más vulnerables, que permitan el mantenimiento y doten de estabilidad a las explotaciones agrarias”* ha establecido, entre otras medidas, la obligación de tener en cuenta el coste efectivo de producción al momento de fijar los precios de los productos que serán objeto de

compraventa entre productores y grandes comercializadores, prohibiéndose la fijación de precios por debajo de dichos costes de producción.

Es interesante observar que la medida anteriormente comentada, ha encontrado justificación en la necesidad de paliar las diferencias en el poder de negociación de las partes involucradas en el contrato, que sumadas, entre otras a la vulnerabilidad del sector agrario derivada de características tales como la atomización del mismo, la rigidez de la demanda, la urgencia de colocación de los productos por su naturaleza perecedera, etc., conducen a entender que se produzcan grandes desequilibrios contractuales entre los productores y los compradores en gran escala de productos agrícolas, conllevando a que los grandes comercializadores de dichos productos abusen de su capacidad contractual, imponiendo prácticas indeseables frente a los pequeños productores.

Es evidente que la medida antes comentada, descansa en la necesidad de la celebración de acuerdos contractuales que reconozcan la realidad del otro, esto es, en el principio de solidaridad. Igualmente se observa el propósito de preservar la vigencia del interés general por sobre el interés particular, y desprendido de aquello, la preocupación gubernamental de garantizar un orden económico y social justo. Ahora bien, en cuanto el Estado impone el deber de observar unos parámetros mínimos en la fijación de los precios e interviene por esta vía la libertad de configuración interna del contrato, se hace palmario que se está reconociendo la responsabilidad de los particulares en la realización de los fines del Estado. En conclusión, el Real Decreto- ley comentado muestra como de los fines del Estado social de derecho, en el contexto español, surgen límites a la libertad de contratación dirigidos a la real y efectiva realización de los fines estatales que compromete a los particulares.

3.3.3 La nueva concepción del Orden Público en el Estado social de Derecho.

Tal como se ha visto, los fines del Estado de social Derecho comprenden más que la igualdad y la libertad, pues involucran también los fines que cada Estado persigue según

sus textos constitucionales. Esos fines, debe entenderse, son los que interesan al Estado, y a su logro debe estar dirigida toda actuación tanto estatal como particular. Bien lo expresa la profesora Llorente San Segundo, cuando al respecto ha referido que “[É]sta rama del ordenamiento jurídico que conocemos como Derecho Privado ha de ser, también, un instrumento para el logro de los objetivos constitucionales”.⁵⁴⁹

Ahora bien, respecto del orden público como límite a la libertad de contratación, líneas arriba hemos destacado su carácter indeterminado y las dificultades que comprenden las pretensiones de determinación del mismo; hemos visto como se ha dicho que la comprensión de este término representa un “suplicio para la inteligencia”, o uno de los grandes enigmas del derecho, que deberá en consecuencia, determinarse por labores interpretativas, tomando como punto de partida para el efecto que el orden público comprende todo cuanto sea de interés general, esto es, todo lo correspondiente a la organización estatal.

Si tomamos en serio el planteamiento anterior, podríamos intentar redefinir el concepto de orden público, entendiendo que el mismo está compuesto por los fines propios del Estado social de Derecho, y por ende vela y protege tales fines de los quebrantamientos que puedan sufrir por los particulares en el ejercicio de su autonomía negocial o lo que es lo mismo, de su libertad de contratación. Es menester recordar en este momento, que la teoría de los límites constitucionales a la libertad de contratación, no solo pretende justificar la creación de nuevos límites, sino además re-significar los límites existentes, adaptándolos a los requerimientos propios del modelo estatal adoptado, lo cual puede hacerse frente al concepto de orden público, dada la variabilidad y flexibilidad que caracteriza al mismo.

En tal sentido la Corte constitucional colombiana ha procedido a dar un nuevo alcance a la noción de orden público como límite a la autonomía de la voluntad, y por ende, a la libertad de contratación, afirmando:

⁵⁴⁹ LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada. Op. Cit. Pág. 104.

“la noción de orden público como límite de la autonomía de la voluntad, deja de cumplir un papel exclusivamente negativo de protección a las libertades individuales, para transmutar su alcance a la realización imperativa de los deberes de bien común e interés público, propios de un Estado Social de Derecho. En este orden de ideas, la nueva noción de orden público permite, por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un Estado Social, destinados a velar por la conservación y vigencia no sólo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestacionales de todas las personas y, por otra parte, conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien fundado en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre los particulares, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social. La imposibilidad de admitir un acto o contrato, con violación al orden público, le otorga a dicha garantía el reconocimiento de norma de derecho imperativo, o, en otras palabras, de ius cogens”.

El tribunal constitucional español no ha sido ajeno a este ejercicio de re-significación de los límites establecidos por la ley a las libertades económicas, y a la libertad de contratación entre ellas. Al respecto cabe destacar la sentencia STC 111/1983, en la cual el alto Tribunal constitucional procedió a resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, referente a la expropiación por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras sociedades que componen el Grupo RUMASA, S. A. En los votos particulares del referido fallo, se puede leer:

“en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de nuestra Constitución, el concepto de orden público, debidamente concretado, no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio de determinadas libertades y derechos consagrados con el carácter de fundamentales por la Constitución, según se recoge en los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, sino que, con mayor razón, ha de serlo para las libertades y derechos de contenido

patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, que gozan de un menor nivel de protección constitucional, y tienen como límite la función social (art. 33.1) y las exigencias de la economía nacional (art. 38)”

A la consideración jurisprudencial anterior se suman importantes pronunciamientos doctrinales, tales como los emanados de los ilustres profesores españoles Luís Díez-Picazo, Alfaro Águila-Real y De Bartolomé Cenzano, entre otros que otorgan nuevos alcances al orden público a partir de la irradiación de los valores constitucionales.

El profesor Luís Díez-Picazo, refiere que lo que el Código llama “orden público” es la organización general de la comunidad, o sus principios fundamentales o rectores, y en tal orden de ideas, refiere que el orden público a que hace referencia el artículo 1255 del ordenamiento civil incluye materias situadas estrictamente en el orden constitucional, tales como la dignidad de la persona humana, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad, a la no discriminación, etc., y como consecuencia de lo anterior, considera el reputado profesor que estos principios o libertades no pueden quedar afectados por pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado, en tal orden de ideas, no podrían aceptarse pactos o contratos que contravengan el principio de igualdad o que afecten la dignidad de la persona.⁵⁵⁰

El profesor Alfaro Águila-Real, a su turno, refiere que la adecuada interpretación del artículo 1255 del ordenamiento civil exige por parte del juez, la incorporación de los valores recogidos en la Constitución, con el fin de determinar lo que es “antisocial” o “contrario al orden público”.⁵⁵¹

El profesor José Carlos De Bartolomé Cenzano, quien ha dedicado un largo trabajo al estudio del orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, al referirse

⁵⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, Luís. Op. Cit. 2007 Pág. 157.

⁵⁵¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. Pág. 75.

al concepto de orden público desde la perspectiva del derecho privado, refiere que tal concepto, permite hoy en día generar una conexión entre el derecho privado y el derecho constitucional vigente. Tal relación se comprende a partir de establecer que el Estado no puede desentenderse del tráfico individual de intereses privados a que conduce el reconocimiento y ejercicio de la autonomía de la voluntad, y por esa vía, de la libertad de contratación.⁵⁵²

La justificación de la relación entre orden público y el derecho constitucional, se encuentra, según lo deja ver el profesor De Bartolomé Cenzano, en el cambio de percepción de la forma como el Estado debía relacionarse con los particulares y el ejercicio de sus libertades. En tal orden de ideas, se debe recordar que en el momento de expedición del *Code*, se concebía la autonomía de la voluntad como un ámbito privadísimo del individuo, ajeno a toda injerencia estatal; eran tiempos del auge del individualismo. Por el contrario, refiere el profesor De Bartolomé Cenzano, *“nuestro siglo fue dominado por fuertes corrientes antiindividualistas y por ello se tendió a reducir cada vez más el campo de la autonomía individual dentro del Derecho privado, cambiando el principio sustentador de la contratación: frente al antiguo principio de la libertad contractual se iba a imponer en estos tiempos el de dirigismo jurídico”*.⁵⁵³

El referido profesor emérito de la Universidad del Sannio de Benevento, Pietro Perlingieri, refiriéndose expresamente al concepto del orden público, estima que tal concepto ya no es el mismo “orden público” a que hacía referencia el Código civil en el momento de su promulgación, pues deja de ser el orden público de un Estado policía, para pasar a ser el orden público de un Estado social, democrático y promotor de la justicia social, lo cual permite una comprensión diferente de lo expuesto en el artículo 6º del ordenamiento civil⁵⁵⁴ en cuanto refiere al orden público como límite de la voluntad privada, pero además permite una reinterpretación del artículo 1258 *ibidem*, en cuanto el contrato ya no solo obligará a lo

⁵⁵² DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. Op. Cit. Pág. 273.

⁵⁵³ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. Op. Cit. Pág. 289.

⁵⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit.. Pág. 10

dispuesto expresamente por las partes, sino que el texto constitucional también hará parte integradora de lo dispuesto por las partes del contrato.

En el mismo sentido se expresa el profesor Ataz López, quien refiere que el concepto de orden público, entendido hoy en día como un concepto-válvula, se integra por el conjunto de principios que permiten la convivencia y la paz social, es decir, los principios que se erigen como rectores y fundamentales de la sociedad, y que incluyen, por supuesto, los principios emanados de la Constitución.⁵⁵⁵

Las posiciones expuestas por los profesores Díez-Picazo, Alfaro Águila-Real, De Bartolomé Cenzano, Perliengieri y Ataz López, arriba expuestas, son solamente una muestra de cómo se han acogido las tesis que procuran una irradiación de los valores constitucionales en los tradicionales conceptos del derecho privado y recogen las consecuencias propias del cambio de texto y de paradigma constitucional experimentados por España en el año de 1978 y por Colombia en el año de 1991, dotando de vigencia social a los valores constitucionales, al mismo tiempo que permite cobrar sentido a las cláusulas generales que como “normas de delegación” ha puesto el legislador en manos de los jueces.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Op. Cit. Pág. 146.

⁵⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. Pág. 75.

CONCLUSIONES

1.- La comprensión del contrato como institución de carácter económico, permitirá comprender que el mismo, el régimen de libertades sobre el cual descansa y los límites de dichas libertades, se ven determinados por los fines comprendidos en la Constitución económica, dentro de la estructura de un Estado social de derecho. En tal orden de ideas deberá entenderse que si bien es cierto que los preceptos constitucionales de carácter económico en ésta forma estatal son más amplios y flexibles que los contenidos de regulación económica suscitados con ocasión de la Primera posguerra europea, - que resultaban ser rígidos y estrictos-, no por ello resultan menos vinculantes.

En efecto, la declaración de principios de carácter económico en el Estado social, entendida como un programa a desarrollarse y lograrse hacia futuro, compromete no solo al Estado, sino también a la fuerzas socioeconómicas, con perspectiva a lograr la realización y satisfacción de las necesidades colectivas⁵⁵⁷ habida consideración que se dirigen a promover y lograr una nueva forma de integración social basada en el establecimiento de un “orden económico y social justo”⁵⁵⁸

El adecuado desarrollo de lo anterior, exige, de una parte, una comprensión clara de lo que encierra el concepto de Estado social como forma de organización estatal; de otra parte, dadas las complejidades que dicha forma estatal comprende, requiere la voluntad política necesaria para impulsar los cambios socio-económicos que permitan realizar efectivamente los anhelos de igualdad social, redistribución de los recursos y respeto a la dignidad humana, propios del Estado social. Ahora bien, habrá de tenerse presente que la estructura jurídica propia de los Estados de derecho, buscan controlar y minimizar el ejercicio del poder, lo que no solo debe comprender el poder estatal, sino que debe comprender además los poderes privados derivados de las desigualdades económicas, mediante la imposición de

⁵⁵⁷ BASSOLS COMA, Martín. Op. Cit. Pág. 41.

⁵⁵⁸ Fórmula que se presenta de idéntica manera tanto en la Constitución española, como en la carta colombiana.

claros límites que impidan el desbordamiento en el ejercicio del poder, a la vez que permitan vincular a los particulares a la efectiva realización de los anhelos propios del Estado social.

Así las cosas, siendo que los postulados del Estado social de derecho y en él, los propósitos de la constitución económica deben cobijar al contrato como institución de carácter económico, y bajo la consideración de que el contrato ha sido objeto de estudio de las vetustas codificaciones civiles o mercantiles, la irradiación de los postulados constitucionales al acuerdo contractual, solo podría lograrse mediante la sustitución de la normatividad correspondiente, o dada la imposibilidad que ello implica, se deben canalizar por tres vías distintas a saber: i) mediante los mecanismos de interpretación conforme, que permiten interpretar las instituciones civiles y mercantiles según los mandatos constitucionales; ii) mediante la introducción de nuevos límites por vía de procesos de constitucionalización del derecho de los contratos, lo cual se da con diferente intensidad según se reconozca la eficacia directa o indirecta de las reglas y principios constitucionales a los asuntos *inter privados*, y iii) mediante la re-significación de los límites ya establecidos, dotándolos de contenido a la luz de los intereses perseguidos por los mandatos constitucionales, lo que representa un avance respecto del proceso de interpretación conforme, pues permite de manera objetiva llenar el vacío histórico acusado por instituciones propias del derecho privado tales como los conceptos de autonomía de la voluntad y consecuentemente, de los límites a la misma, dentro de los cuales se debe comprender los límites a la libertad de contratación. Es en estas consideraciones que descansa la teoría de los límites constitucionales a la libertad de contratación.

2.- Se ha hecho menester referirnos respecto de la naturaleza de la libertad de contratación y de sus límites, toda vez que ello implica la forma en que la misma puede ser limitada, y la forma como tales límites han de ser entendidos en el entramado de instituciones iusconstitucionales con eficacia en el derecho privado.

Respecto de lo primero, esto es, de la naturaleza jurídica de la libertad de contratación, ha quedado establecido que si bien es cierto que corresponde a un derecho de relevancia constitucional, no es considerada como un derecho fundamental ni en el contexto español ni en el colombiano, sino que corresponde una a una garantía institucional, lo cual explica que pueda verse limitada por el respeto a los derechos fundamentales sin que deba acudir al efecto a ejercicios de ponderación, sino que por el contrario puedan establecerse reglas según las cuales siempre que haya colisión entre los derechos fundamentales y la libertad de contratación, se deberá resolver la cuestión en favor de los derechos fundamentales sacrificando la libertad de contratación en cualquiera de las libertades que la integran.

Ahora, con respecto al segundo aspecto, esto es la naturaleza jurídica de los límites constitucionales a la libertad de contratación, estos pueden encontrar sustento constitucional por diferentes vías, entre las cuales se destacan las de ser deberes constitucionales, valores constitucionales, consecuencias de la aplicación *in estricto* del principio de buena fe, etc., no obstante al relacionar todas las novedosas formas de limitación a la libertad de contratación, emanadas de la interpretación de los textos constitucionales, se destaca el altruismo, como quiera que se erige como el mecanismo que realiza el principio de solidaridad como eje fundamental del Estado social; entendiendo además que adoptar una posición seria y comprometida de dicho principio en las relaciones privadas asimétricas, abre la vía para lograr el bienestar general y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Mucho ha explicado la doctrina constitucional, sobre cómo los textos constitucionales posteriores a la primera posguerra europea introdujeron y sentaron las bases para el establecimiento y posterior desarrollo de una serie de instituciones características del constitucionalismo económico, entre las cuales se destaca la teoría de la función social de la propiedad; que no sea descabellado ahora, entender que las constituciones del Estado social, son la vía para establecer y desarrollar teorías relativas a la función social de la libertad de contratación, a través del establecimiento de límites que impidan el desbordamiento del ejercicio de dichas libertades. Parafraseando al profesor Vincenzo

Roppo⁵⁵⁹, diríamos que el contrato deja de ser una fuente de derecho en sí mismo, para pasar a ser un hecho regulado por distintas fuentes heterónomas, entre las cuales debe destacarse, como es natural, la Constitución, dentro de ella, la Constitución económica y a través de ella, se erige como el instrumento idóneo para la realización de un orden económico y social justo.

3.- Finalmente, sobre la cuestión de si los derechos fundamentales comportan un límite a la libertad de contratación, habrá de estarse a la forma en que se ha asumido la llamada *Drittwirkung der Grundrechte*. No obstante, en cualquier caso deberá tenerse presente que la autonomía privada, comprensiva de una serie de derechos de carácter económico, no constituye un derecho ilimitado, sino que por el contrario se sujeta a límites determinados por fuera del interés privado, más sin embargo habrá de considerarse, que los límites que restringen la autonomía de la voluntad y especialmente a la libertad de contratación, tampoco son absolutos y que en consecuencia se debe obrar dentro del límite de dichos límites.

⁵⁵⁹ ROPPO, Vincenzo. El contrato del dos mil. Ensayos de la Revista de Derecho Privado. No. 1. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 18.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín. De los principios generales del derecho a los principios del derecho del consumo. En AA.VV. Estudios del derecho del consumo (Ley 1480 de 2011). Editor científico Fernando Jiménez Valderrama. Chía, Universidad de la Sabana. Tomo I. 2017.

AGUILÓ REGLA, Josep. La constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. Editorial Temis S.A. Lima – Perú, Bogotá – Colombia. 2004.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En AA.VV. Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid. Segunda edición. 2005.

ALEXY, Robert. En “Tres escritos sobre los Derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomía privada y derechos fundamentales. Anuario de Derecho Civil. Vol. 46, Año 1993, número 1.

ALGUACIL GONZÁLES-AURIOLES, Jorge Rafael. Garantía y solidaridad: Los límites de los derechos. En En AA.VV. Derechos Humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis. Editores José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer y Rafael Enrique Aguilera Portales. Edit. UNED, Madrid, 2017.

ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. Comercialización del mundo de la vida y advenimiento del código único del mercado. En AA.VV. Jurista y Maestro. Homenaje a Arturo Valencia Zea. Tomo I. Universidad Nacional de Colombia. 2014.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, 1982. (Pág. 987 – 1085).

ANNEKATRIEN, Lenaerts. Ther role of ther general principle of the prohibition of abuse of rights in the enforcement of human rights in contract law: A belgian law perspective. En. AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017.

ARAGON REYES, Manuel. La Constitución como paradigma. En AA.VV. Teoría del constitucionalismo. Ensayos escogidos. Editor Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid 2007.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Derechos civiles y políticos: una visión jurídico-política. En AA.VV. Derechos Humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis. Editores José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer y Rafael Enrique Aguilera Portales. Edit. UNED, Madrid, 2017.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho No. 33. Bogotá, Colombia. 2004.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Legis. Bogotá. 2005.

ARIAS- SCHREIBER, Max. La técnica contractual. En AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. La libertad contractual y sus límites. En AA.VV. Tratado de contratos, tomo I. Director: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, tomo I. 8ª edición. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá Colombia, 1997.

AYNÈS, Laurent. La constitucionalización del derecho de contratos. En AA.VV. Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la *Association Andrés Bello des juristes franco-latino-americains*. Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1999.

BARBERIS Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral (pp. 259 – 281). En: AA.VV. Constitucionalismo(s). Editorial Trotta, Madrid – España, 2005.

BASSOLS COMA, Martín. Constitución y sistema económico. Madrid, Editorial Tecnos 1988.

BENGLIO, Juan. La aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad. En AA.VV. Constitucionalización del Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Actas del Tercer Congreso Internacional de la *Association Andrés Bello des juristes franco-latino-americains*. Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

BERNAL CASTRO, Carlos Andrés. La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad (Pp. 245 – 257). En AA.VV. Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Pontificia Universidad javeriana. Legis S.A. Bogotá. 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan María. La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares. Análisis de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1997.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Eitorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2007.

BOHÓRQUEZ ORDUZ Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.: 2004.

BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.

BUSH VENTHUR, Tania. Deberes constitucionales. En AA.VV. Anuario de filosofía jurídica y social. 2012. Ponencias en Valparaíso. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. EDEVAL, Valparaíso – Chile. 2012.

CALDERON VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización de las controversias contractuales. En AA. VV. Los contratos en el Derecho privado. Editorial Legis. Bogotá 2008.

CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. Modelos Legislativos en materia de consumo en el Derecho Comparado. En AA.VV. Perspectivas del Derecho de Consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2013.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. (pp. 9-14). En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta S.A. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid. 2007.

CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro. En AAVV. Derecho comercial, cuestiones fundamentales. Editorial Legis S.A. Universidad del Rosario. Bogotá 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Cómo nace el derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia, 1989.

CASTRILLO SANTOS, Juan, “Autonomía y Heteronomía de la voluntad en los contratos”, en Anuario de Derecho Civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1949.

CASTRO AYALA, José Guillermo. CALONJE LONDOÑO, Nathaly Ximena. Derecho de las obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, 2015.

CEPEDA E. Manuel José. Los derechos fundamentales en la constitución de 1991. Editorial Temis S.A. Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1992.

CHEVALLIER, Jacques. El Estado posmoderno. Traducción de Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Editorial Temis. Segunda edición. Bogotá Colombia, 2009.

Comentario del Código Civil, Tomo II Dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICASSO PONCE DE LEON, Luís, BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CORDECH, Pablo. Ministerio de Justicia. 1991

CORREA HENAO, Magdalena. Libertad de empresa en el Estado social de Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2009

CORREA HENAO, Magdalena. El estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas. (pp. 79 – 158). En En AA.VV. Perspectivas del derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, Juan Carlos. El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2002.

DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales (Pp. 9 – 17). En. AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta Madrid. Cuarta Edición. 2009.

DE CASTRO, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Anuario de Derecho civil. Año 1961, Número 2. Págs. 295 - 342.

DE CASTRO, Federico. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. Estudios monográficos. En AAVV. Anuario de Derecho Civil, No. 4. 1982

DE LOS MOZOS, José Luís. La teoría general del Negocio Jurídico. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, 1986.

DE LOS MOZOS José Luís. La autonomía privada: notas para una relectura del Título de los Contratos en el Código Civil español (pp. 189 – 212). En: AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. Tratado de derecho comercial. Tomo I. Montaner & Simón S.A. Barcelona, España. 1963.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Características esenciales del derecho civil moderno. Ediciones de la revista “Estudios de Derecho”. Imprenta Universidad – Medellín – 1943.

DÍEZ-PICAZO, Luís. La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, Año 1956. Número 4. Págs. 1149 - 1182.

DÍEZ-PICAZO, Luís. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen primero. Introducción Teoría del Contrato. Sexta Edición. Ed. Thomson-Cívitas. 2007.

DUGUIT, León. Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Trad. De Carlos G. Posada. Francisco Beltrán, Librería española y extranjera. Madrid. 1920.

Enciclopedia de historia universal Salvat. Tomo 18 La era de la revolución industrial I. Salvat editores S.A. 1999.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Editorial Legis. Bogotá 2004.

ESPIN CANOVAS, Diego. Los límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho privado, discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1954 – 1955 de la Universidad de Murcia. Murcia, 1954.

ESPÍN CANOVAS, Diego. Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil. 1963.

ESTRADA, Alexei Julio. Los tribunales constitucionales y eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. (Pp. 121 – 157). En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM. 2007.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El supuesto de la denominada “Autonomía de la voluntad” (Pp. 213 – 254). En AA.VV. Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Palestra Editores, Lima, Perú. Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta Madrid. Cuarta Edición. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo del derecho privado. En Democracia y Garantismo. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Segunda edición. 2010.

FERRI, Luigi. La autonomía privada. Editorial Comares S.L. Granada. 2001

FIERRO-MÉNDEZ Rafael Enrique. Teoría General del Contrato. Editorial Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.:2007.

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Trotta. 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución, de la antigüedad a nuestros días. Edit. Trotta. Madrid, 2001.

GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1992.

GARCÍA TORRES, Jesús. JIMENEZ BLANCO, Antonio. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Civitas S.A., Madrid 1986.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina. IEPRI: Debate. Bogotá. 2014.

GIRALDO BUSTAMANTE Carlos Julio. El contrato y la justicia: Una relación permanente y compleja. Universidad Externado de Colombia. 2014 Bogotá – Colombia.

GOIG MARTINEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. En AA.VV. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 9, 2011.

GOMEZ, A y BRUERA, O. Análisis del lenguaje jurídico. Editorial Belgrano. Buenos Aires. 1998.

GONZALES, José E., TINTI, Guillermo P. CALDERÓN, Maximiliano R. y RIBA, Marina A. Teoría general de los contratos. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina 2004.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Editorial Trotta S.A. Madrid – España. 2006.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. (pp. 49 – 73). En AA.VV. Neoconstitucionalismo(s). Segunda Edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2005

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editor Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid 2007

GUASTINI, Riccardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. En AA. VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta Madrid. Cuarta Edición. 2009.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Discurso de instalación del foro “La protección del consumidor colombiano frente a la publicidad engañosa”, ofrecido el 15 de noviembre de 2012. En AA.VV. Perspectivas del derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Las ideas políticas en la historia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia: 1997

HEVIA, Martín. Derecho Privado y Filosofía Política. Fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. Editorial Fontamara. México. 2011.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

JIMENEZ BLANCO, Antonio. Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución. En AA.VV. Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1991.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. La oferta al público en el Código Civil y en la ley de protección al consumidor. (Pp. 514 – 543). En: AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

KALMANOVITZ, Salomón. Constitución y modelo económico. En AA.VV. El debate a la Constitución. Universidad nacional de Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá. 2001.

LACASTA ZABALSA, José Ignacio. Voluntad, autonomía, lo público y lo privado: una perspectiva histórica (Pp. 1 – 23). En AA.VV. Autonomía privada y límites a su libre ejercicio. Colección: Crítica del derecho, Sección: Derecho vivo 50, Director: José Luís Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada 2016.

LAPORTA, Francisco J. El imperio de la ley. Una visión actual. Editorial Trotta. Madrid, 2007.

LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá – Colombia. 1993.

LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Editorial Panamericana, Tercera edición, 1996. Bogotá, Colombia.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. La protección del consumidor como principio general del derecho. En AA.VV. Nuevos Derechos Fundamentales en el Ámbito del Derecho Privado. Director MONSERRAT QUINTANA, Antonio. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. 2007.

LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada. La prohibición de discriminación y su incidencia en la contratación privada. En AA.VV. Autonomía privada y límites a su libre ejercicio. Colección: Crítica del derecho, Sección: Derecho vivo 50, Director: José Luís Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada 2016.

LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil (Segundo tratado, 1690). Traducción de A. Lázaro Ros. Editorial Aguilar, Madrid 1969

LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. Derecho civil constitucional. Editorial Universidad de Sevilla. 2015.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. El derecho civil entre tradición histórica y constitución política. Colección panoramas de Derecho. Universidad de Sevilla. Thomas Reuters Aranzadi. Sevilla, 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Segunda edición. Octava reimpresión. Editorial Legis. Bogotá – Colombia. 2009.

MATEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Editorial Trotta. Madrid 1998.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail. La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado. En AA.VV. Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Biblioteca Jurídica Dike. Universidad Javeriana. Bogotá. 2008.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ Graciela N, La causa y frustración del contrato (pp. 47 – 67). En: AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

MESSINEO, Francisco. Doctrina General del Contrato. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina, 1952.

MONATTERI, Pier Giuseppe. SOMMA Alessandro. La teoría Fascista del contrato. Una investigación histórica y comparada del lado más oscuro del derecho contractual. En AAVV. Obligaciones y Contratos. Editores Carlos Arturo Hernández. Santiago Ortega Gomero. Universidad Libre. Bogotá, Colombia. 2014.

MONATERI P.G. Gayo el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. (Pp. 95 – 216). En AA.VV. La invención del derecho privado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes – Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. 2006.

MONATTERI, Pier Giuseppe. Crystal and Mud Contracts: The theory of contract and the Ontology of values. En AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017.

MORAL SORIANO, Leonor. El precedente judicial. Marcial Ponds, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid 2002.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo. En AA.VV. Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate. Biblioteca Jurídica Dike. Universidad Javeriana. Bogotá. 2008.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La buena fe. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. La buena fe en el derecho romano. Extensión al deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2010.

NIETO, Eduardo Hernando. Los Estudios de Crítica legal frente al derecho civil y los contratos. En AA.VV. Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Palestra Editores, Lima, Perú. Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia. 2000.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. (Con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias). Novena edición actualizada. Editorial Temis. Bogotá. 1973.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. En AA.VV. 100 Años del Código Civil de la Nación. Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia. Bogotá, Colombia. 1987.

OSSORIO MORALES, Juan. Crisis en la dogmática del contrato. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil. Año 1952, número 4. Págs. 1175 a 1186.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. Derechos y libertades constitucionales. En AA.VV. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Paola Andrés Acosta Alvarado [y otros]; Magdalena Correa Henao, Nestor Osuna Patiño y Gonzalo Ramírez Cleves (editores académicos). Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2017.

PARRA HERRERA, Nicolás. Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la Constitución. Editorial Legis S.A. Bogotá, Colombia. 2018.

PECES-BARBA, Gregorio, Derechos Fundamentales. Madrid. 1983.

PEREIRA FREDES, Esteban. Altruismo y Derecho Contractual. En AA.VV. Filosofía del Derecho Privado. PAPAYANNIS, Diego M., PEREIRA FREDES, Esteban (Eds). Marcial Ponds. Madrid, 2018.

PÉREZ LLEDO, Juan A. El movimiento ‘Critical Legal Studies’. Tesis Doctoral. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho. 1993.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos 10ª edición. Madrid – España. 2010.

PERLINGIERI, Pietro. Por un Derecho civil constitucional español. En AA.VV. Anuario de Derecho Civil, año 1983, número 1.

PIZZORUSSO, Alessandro. Curso de derecho comparado. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1987.

PRIETO SANCHIS, Luís. Estudios sobre derechos fundamentales. Editorial Debate. Madrid. 1990.

PRIETO SANCHIS, Luís. El constitucionalismo de los derechos. (Pp. 213 – 235) En AA.VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta S.A. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid. 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luís. El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica. Editorial Trotta. Madrid, 2013.

RAKOFF, Todd D. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. (Pp. 57 – 168). En AA.VV. Revista de Derecho Privado. Ediciones Uniandes. No. 37. Diciembre de 2006. ISSN 0121-0696. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia. 2006.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo Andrés. Teoría de la constitución, constitución y poder constituyente. En AA.VV. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Paola Andrés Acosta Alvarado [y otros]; Magdalena Correa Henao, Nestor Osuna Patiño y Gonzalo Ramírez Cleves (editores académicos). Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2017.

RENGIFO GARDEAZABAL, Mauricio. Vicios del consentimiento. El ejercicio de la libertad en contextos desfavorables. En AA.VV. Filosofía del Derecho Privado. PAPAYANNIS, Diego M., PEREIRA FREDES, Esteban (Eds). Marcial Ponds. Madrid, 2018.

REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2011.

RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato. Editorial Abeledo – Perrot. 1958. Buenos Aires, Argentina. 1958.

RODRÍGUEZ César. Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Estudio preliminar en KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Traductores Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. Santafé de Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Ediciones Uniandes 1999.

ROMANO, Bruno. Derechos del Hombre y Derechos Fundamentales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2010.

ROPPO, Vincenzo. El contrato del dos mil. Ensayos de la Revista de Derecho Privado. No. 1. Universidad Externado de Colombia. 2005.

RYSZARD KOSMIDER, Mariusz. El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español. Revista de Derecho UNED, número 23. 2018.

SALAZAR, Diego F. en Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. En AA.VV. Revista de Derecho Privado. Ediciones Uniandes. No. 37. Diciembre de 2006. ISSN 0121-0696. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia. 2006.

SANTOS BRIZ, Jaime. La contratación privada. Editorial Montecorvo. Madrid. 1966.

SARTORI, Giovanni. Compare why and how. En Comparing nations. Concepts, strategies, substance. Edited by Mattei Dogan & Ali Kazancigil. Edit. Blakwell Publishers. 1994.

SCHAPP, Jan. Derecho civil y filosofía del Derecho. La libertad en el derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 1998.

SCHÜTTE, Beatrice. The influenced of constitutional law in German contract law: Good Faith, Limited party autonomy in labour law and control of contractual terms. En En. AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017

SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1971.

SEUBE, Jean-Baptiste, The influence of Constitutional Low on French Contract Law: The development of the Control of Proportionality in Case of an Infringement of a Fundamental Right by Contract. En. AA.VV. The Constitutional Dimension of Contract Law. A

comparative perspective. SILIQUINI – CINELLI Luca, HUTCHINSON, Andrews, Editors. Springer International Publishing. 2017

SORO RUSELL, Olivier. El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Colección Jurídica General, Monografías. Editorial REUS. Madrid – España. 2016.

SOTELO, Ignacio. El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Editorial Trotta. Madrid. 2010

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto. En AA.VV. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. (pp. 369 – 438) Editorial TEMIS – PALESTRA EDITORES. Bogotá, Colombia – Lima, Perú. 2000.

SOTO COAGUILA, Carlos A. MOSSET ITURRASPE, Jorge. El contrato en una economía de mercado. 2ª. Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional No. 5. Bogotá D.C. 2009.

STIGLITZ, Gabriel. Derecho y políticas de defensa del consumidor en América Latina. La experiencia colombiana. (pp. 23 – 32). En AA.VV. Perspectivas del derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

TORRES DEL MORAL, Antonio. Realización del Estado social y Constitución económica. En AA.VV. El Estado social y sus exigencias constitucionales. Director: Manuel José Terol Becerra. Editorial Tirant le Blanch. Valencia, 2010.

UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ C. César, GARCÍA, Mauricio. Justicia, democracia y violencia en Colombia: La evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ C. César, GARCÍA, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, Derechos sociales y democracia en Colombia. Grupo Editorial Norma S. A. Bogotá 2006.

URIARTE TORREALDAY, Roberto. La redistribución de la renta y el pleno empleo (Art. 40 CE). En AA.VV. Los principios rectores de la política social y económica. Javier Tajadura (Dir.). Editorial Biblioteca Nueva S.L. Madrid. 2004.

VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas, Décimo cuarta edición actualizada. Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá Colombia. 1997.

VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. Introducción al derecho del consumo. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2012.

WEBER, Max. La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas M. Fondo de Cultura Económica. México, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. Séptima Edición 2007. Madrid.

ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “Derechos Fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. En AA.VV. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo.

Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta Madrid. Cuarta Edición. 2009.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

CORTE CONSTITUCIONAL.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-01 de 1992 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-446 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-462 de 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T- 505 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-542/92, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-594 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional (1993). Sentencia T-107 de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1993). Sentencia T-240 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1993). Sentencia T-338 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1993). Sentencia T-511 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-125 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-265 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-367 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-605 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (1996). Salvamento de voto sentencia. C-543 de 1996. MM.PP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T-307 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional (1997). Sentencia C-233 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T- 351 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T-375 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1997). Sentencia C-535 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1998). Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1999). Sentencia SU- 047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (1999). Sentencia SU-157 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1999). Sentencia SU-166 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1999). Sentencia SU-167 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1999). Sentencia C-507 de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
SU-819 de 1999

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-128 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-449 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-687 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-693 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-1306 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (2001). Sentencia T-1165 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2002). Sentencia T-1118 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-083 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-227 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-520 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T-222 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-170 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-724 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-769 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2006). Sentencia T-131 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2006). Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional (2006). Sentencia T-517 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2007). Sentencia T-905 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional (2008). Sentencia C-1194 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T-160 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-186 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-342 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-634 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-413 de 2013 M. P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional (2015). Sentencia T-408 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-117 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional (2017). Sentencia C-113 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2017). Sentencia C-345 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-4017A de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 28/81.

STC 18/84

STC 53 de 1985

STC 26 DE 1987

STC 177/1988

STC 27.6.1990

STC 27.10.2003

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

STJCE C-2/1992.